

University of Groningen

Doel en functie van de bestuursrechtspraak

Poorter, J.C.A. de; de Graaf, K.J.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2011

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Poorter, J. C. A. D., & de Graaf, K. J. (2011). *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*. (Studies en rapporten; Vol. 3). s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.



Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst

mr. dr. J.C.A. de Poorter en
mr. dr. K.J. de Graaf



Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst

mr. dr. J.C.A. de Poorter en
mr. dr. K.J. de Graaf

Omslag:

© René Magritte, *De zoektocht naar het volmaakte*, 1963, c/o Pictoright Amsterdam
2011. (dig. photo: J. Geleyns / www.roscaan.be<<http://www.roscaan.be>)

Colofon

Ontwerp en opmaak: Frans Gijzenmijter, Waddinxveen

Druk: OBT bv, Leiden

© 2011 Raad van State, Den Haag

ISBN 978-94-90830-00-7

Alle rechten voorbehouden: niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad van State (Postbus 20019, 2500 EA Den Haag).



Mixed Sources

Productgroep uit goed beheerde bossen
en andere gecontroleerde bronnen.
www.fsc.org Cert no. SGC-COC-2998
© 1996 Forest Stewardship Council

Woord vooraf	7
---------------------	----------

Inleiding en opzet	9
---------------------------	----------

Deel I

Doel en functie van de bestuursrechtspraak. Een toetsingskader	11
---	-----------

1 Het karakter van het bestuursprocesrecht	13
1.1 <i>Bestuursprocesrecht als besluitenprocesrecht</i>	13
1.2 <i>Het bestuursprocesrecht in het pre-Awb tijdperk</i>	17
1.3 <i>Uitgangspunten en functies van het Awb-bestuursprocesrecht</i>	22

2 Recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht	26
2.1 <i>Inleiding</i>	26
2.2 <i>Subjectivering</i>	27
2.3 <i>Finaliteit</i>	29
2.4 <i>Snelheid</i>	32

2.4.1 <i>Inleiding</i>	
2.4.2 <i>Versnelling van procedures</i>	
2.4.3 <i>Terugdringen van het aantal zaken</i>	
2.5 <i>Recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht nader beschouwd</i>	36
2.5.1 <i>Wordt de oplossing terecht aan de achterkant van het probleem gezocht?</i>	
2.5.2 <i>Versnelling van procedures en het tekort aan empirische gegevens</i>	

3 Wat mag van de bestuursrechtspraak worden verlangd?	41
3.1 <i>Behoeftte aan een ander denkmodel</i>	41
3.2 <i>Geschillenbeslechting</i>	42
3.2.1 <i>Inzetten op het geschillenbeslechtend vermogen van de bestuursrechtspraak</i>	
3.2.2 <i>Het belang van een optimale benutting van de bestuurlijke voorprocedures</i>	
3.2.3 <i>De beknellende werking van het besluitbegrip</i>	
3.2.3.1 <i>Het besluitbegrip als sluis voor de toegang tot de rechtsbescherming</i>	
3.2.3.2 <i>Gefragmenteerd karakter van de geschillenbeslechting</i>	
3.2.3.3 <i>Beperkte uitspraakbevoegdheden</i>	

3.3	<i>Bijdrage aan het behoud van het rechtsstatelijk evenwicht</i>	50
3.3.1	Een gezamenlijke verantwoordelijkheid van wetgever, bestuur en rechter	
3.3.2	Rechterlijke versus democratische controle	
3.3.3	De rechter en de afnemende legitimiteit van het overheidsoptreden	
3.3.4	Doelstelling of neveneffect?	
3.4	<i>Bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid</i>	61
3.4.1	De rechtsvormende taak van de bestuursrechter	
3.4.2	Gedeelde verantwoordelijkheid: nauwe verwevenheid rechtsvorming en rechtseenheid	
3.4.3	Erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter	
4	Het vinden van de juiste balans	70
Deel II		75
Bestuursrechtspraak: meer dan besluitenprocesrecht?		
1	Inleiding	77
1.1	<i>Besluitenprocesrecht in vogelvlucht</i>	81
1.2	<i>Gesignaleerde knelpunten</i>	84
1.3	<i>Bestuursrechtspraak: meer dan besluitenprocesrecht?</i>	89
2	Rechtsmacht en rechtsingang	90
2.1	<i>Inleiding</i>	90
2.2	<i>Gefragmenteerde besluitvorming: gefragmenteerde geschillenbeslechting</i>	93
2.3	<i>Bestuursrechtspraak te beperkt voor geschillenbeslechting?</i>	96
2.3.1	De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet	
2.3.2	Het lonkende perspectief van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking	
2.3.2.1	Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking?	
2.3.2.2	Waarom kiezen voor de rechtsbetrekking?	
2.3.2.3	Naar een gecontroleerde uitbreiding van de rechtsmacht	
2.3.3	De bestuursrechte(r)lijke revolutie: nepbesluiten	
2.3.3.1	Het zelfstandige schadebesluit	
2.3.3.2	Het bestuurlijke rechtsoordeel	
2.3.4	Initiatieven van de wetgever: effectieve rechtspraak als lichtend baken	
2.3.4.1	Beroep tegen niet tijdig handelen	
2.3.4.2	Verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding	
2.3.4.3	Geen verzoekschriftprocedure voor nadeelcompensatie	

2.4 Een beschouwing van de ontwikkelingen	136
2.4.1 Door effectieve geschillenbeslechting op de goede weg?	
2.4.2 De eigen aard van bestuursrechtspraak benadrukken?	
2.4.3 Uitbreiding rechtsmacht! Andere rechtsingang?	
3 Passende uitspraakbevoegdheden	142
3.1 Afscheid van de klassieke kale vernietiging?	142
3.1.1 Besluit vernietigen en/of geschil beslechten	
3.1.2 Beperkingen van de aangeklede vernietiging	
3.1.3 Behoeftte aan het oneigenlijk gebruik van een (neven)dictum	
3.2 Ontwikkeling naar moderne finale geschillenbeslechting	155
3.2.1 Nieuwe wijn in oude zakken	
3.2.1.1 Oude zakken: gedektverklaring en zelf voorzien	
3.2.1.2 Nieuwe wijn: nieuwe verantwoordelijkheid	
3.2.1.3 De verplichting om zelf in de zaak te voorzien	
3.2.1.4 Finale geschillenbeslechting als gezamenlijke verantwoordelijkheid	
3.2.2 Bestuurlijke lus: olifantenpaadje naar finale geschillenbeslechting	
3.2.2.1 Behoeftte aan een olifantenpaadje	
3.2.2.2 Herstel van de rechtsbetrekking, niet van het besluit	
3.2.2.3 De efficiëntie van de bestuurlijke lus	
3.2.2.4 Geschillenbeslechting meer 'naar nu'	
3.3 Gewenst eindresultaat in zicht?	180
3.3.1 Finale geschillenbeslechting als uitgangspunt	
3.3.2 Optimaliseren van finale geschillenbeslechting	
3.3.3 Andere en nieuwe uitspraakbevoegdheden?	
3.3.4 Bestuursrechtspraak: uniformiteit en differentiatie?	
Deel III	191
Het vinden van de juiste balans: een blik op de toekomst	
1 Op zoek naar de juiste balans	193
2 Geschillenbeslechting en het besluitenprocesrecht	195
2.1 Inleiding	195
2.2 Geschillenbeslechting en het belang van de bestuurlijke voorprocedure	196
2.2.1 Dejuridiseren van de bezwaarschriftprocedure	
2.2.2 Van administratief beroep naar bestuursrechtspraak en weer terug?	
2.2.2.1 Administratief beroep en de waarborg van artikel 6 EVRM	
2.2.2.2 Naar een op Deens recht geïnspireerd administratief beroep?	

2.3	<i>Werken aan het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak</i>	206
2.3.1	Finaliteit: een gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen	
2.3.2	Besluitenprocesrecht: ontvlechting van rechtsgangen vereist	
3	Geschillenbeslechting en het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden	216
3.1	<i>Inleiding</i>	216
3.2	<i>De advocaat-generaal en het (hoger) beroep in het belang van het recht</i>	218
3.3	<i>Beroepsrecht alleen voor gecertificeerde belangenorganisaties</i>	221
3.4	<i>Naar een vorm van periodiek toezicht op het openbaar bestuur</i>	226
4	Geschillenbeslechting en ruimte voor rechtsontwikkeling	228
4.1	<i>Inleiding</i>	228
4.2	<i>Hoofdstructuur van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming</i>	229
4.2.1	Behoud het uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties	
4.2.2	De aantrekkelijkheid van een gemeenschappelijke rechtseenheidvoorziening	
4.2.2.1	Een grand chamber of een geïnstitutionaliseerde rechtseenheidkamer?	
4.2.2.2	Een mogelijkheid van prejudiciële vragen door de rechtbank aan de rechtseenheidkamer?	
4.2.3	Behoeftte aan cassatie in het bestuursrecht?	
4.2.4	Conclusies in het bestuursrecht: maar dan wel door een onafhankelijk parket	
4.3	<i>Meer differentiatie: over verlostelsels en selectie achter de poort</i>	249
4.3.1	<i>Inleiding</i>	
4.3.2	Selectiemechanismen in soorten	
4.3.3	Naar een 91-2 variant voor het hele bestuursrecht?	
5	Naar meer visie en politiek debat over de rol van de bestuursrechtspraak	256

Woord vooraf

Deze studie van Jurgen de Poorter en Kars de Graaf '*Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*' is de derde publicatie in de serie 'Studies en rapporten' van de Raad van State. Deze 'Studies en rapporten' concentreren zich op aspecten in het werk van de Raad die om speciale aandacht en verdere doordenking vragen. Daarbij wordt in zekere zin verslag gedaan van de voortgang in dat denken, hetzij met betrekking tot aspecten van advisering of bestuursrechtspraak, hetzij met betrekking tot het 'constitutioneel fundament' dat ten grondslag ligt aan beide functies van de Raad.

Van de delen van de 'Studies en rapporten' die onder de naam van auteur(s) verschijnen, blijven de daarin ontvouwde gedachten voor rekening van de schrijvers en geven deze niet noodzakelijkerwijs het standpunt van de Raad weer. De Raad acht het echter van groot belang dat deze gedachten via publicatie worden ingebracht in het publieke, politieke en wetenschappelijke debat over de kwaliteit van wetgeving, bestuur en rechtspraak.

Dat is dan ook het doel van deze studie: het stimuleren van een discussie over doel en functie van bestuursrechtspraak in een veranderende democratische rechtsstaat. De auteurs vinden het opvallend dat tot nu toe bij de evaluaties van de Algemene wet bestuursrecht een nadere doordenking van dit – toch wezenlijke – onderwerp heeft ontbroken.

Zij constateren ook dat door de wetgever op het gebied van bestuursrechtspraak veel maatregelen worden getroffen, waarvan de ratio vooral lijkt te moeten worden gezocht in de behoefte aan beperking van de toegang tot de rechter en het terugdringen van procedures om de uitvoering van overheidsprojecten te vergemakkelijken. Dergelijke maatregelen veranderen vaak de systematiek van het bestuursprocesrecht. Zonder een duidelijke en coherente visie op doel en functie van bestuursrechtspraak, kunnen zij de bestuursrechtspraak kwetsbaar maken en afbreuk doen aan het noodzakelijke evenwicht binnen de trias politica.

Dit risico bestaat temeer omdat de positie van de bestuursrechter toch al kwetsbaar is. Kwetsbaar tegenover een burger die wel juridisch gelijk krijgt, maar daarmee zijn conflict met de overheid niet ziet opgelost. Kwetsbaar tegenover een bestuur dat geconfronteerd wordt met een uitspraak *ex tunc* die vaak niet meer strookt met de bestuurlijke werkelijkheid van nu. Kwetsbaar tegenover de wetgever die zich door de rechter gedwarsboemd voelt in zijn (goede) bedoelingen.

Maatregelen die eigenlijk slechts tot doel hebben om drempels op te werpen om

beweerdelijk onrechtmatig bestuurshandelen aan de rechter voor te leggen, slaan het evenwicht nog verder uit het lood.

Voor evenwicht binnen de trias is immers tegenwicht nodig. Waar wetgever en bestuur materieel steeds meer samenvloeien – Scheltema sprak bijna dertig jaar geleden niet zonder reden al van de 'partijdige wetgever' – blijft de rechter als tegenwicht over. Dat leidt tot een kritischer opstelling van de rechter tegenover de overheid.

De recente uitspraak van de Centrale Raad van Beroep waarbij de inburgeringsplicht voor Turkse 'staatsburgers' in strijd werd bevonden met het Europees recht¹ – een gegeven waarop de Raad van State in zijn advisering over het wetsvoorstel en de uitvoeringsregelgeving eveneens had gewezen² – illustreert op pijnlijke wijze de onontbeerlijkheid van dat tegenwicht.

Met deze studie, waarin zowel een probleemanalyse van de kwetsbaarheden van huidige bestuursrechtspraak wordt gegeven als een visie op de toekomst wordt geformuleerd, wordt ten volle beantwoord aan het doel dat de Raad met de publicaties van de 'Studies en rapporten' voor ogen stond: bij te dragen aan het publieke, politieke en wetenschappelijke debat.

Ik hoop dat het gedegen werk van beide auteurs zijn weg zal vinden en brede aandacht zal krijgen.

H.D. Tjeenk Willink
Vice-president

¹ Uitspraak van 16 augustus 2011, 10/5248 INBURG + 10/5249 INBURG + 10/6123 INBURG + 10/6124 INBURG.

² Advies van 3 augustus 2006, Kamerstukken II, 30 308, nr. 106; advies van 15 juli 2010, Staatscourant 2010, nr. 13998.

Inleiding en opzet

Het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is volop in beweging. We bevinden ons in een periode waarin druk wordt gebouwd en verbouwd aan het systeem dat in 1994 met de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) werd geïntroduceerd. Soms gaat het daarbij om initiatiefwetten (zoals de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen en de Wet bestuurlijke lus), dan weer gaat het om Europese implementatiewetgeving (zoals de met de Dienstenwet geïntroduceerde *lex silencio positivo*). Soms is het een aanpassingswet (zoals het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht) of een wijzigingswet (zoals het wetsvoorstel Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten), dan weer crisiswetgeving (zoals de Crisis- en herstelwet). Deze ontwikkelingen modifieren alle in meer of mindere mate de systematiek van het bestuursprocesrecht.

Zoals bekend kunnen bij verbouwingen funderingsproblemen optreden, al is niet iedere aannemer daarop even alert.¹ De ontwikkelingen laten zien dat aan de oppervlakte van het huidige stelsel de nodige turbulentie valt te ontwaren. Maar ook hier rijst de vraag of de aannemer wel voldoende oog heeft voor de consequenties van de verbouwingen voor het fundament waarop het stelsel van procesrecht steunt. Wijst de genoemde turbulentie wellicht op een dieper gelegen oorzaak en ligt aan genoemde ontwikkelingen een zekere visie ten grondslag op de wijze waarop en de richting waarin het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zich dient te ontwikkelen?

Het zijn onder meer deze vragen die aanleiding zijn geweest voor deze derde uitgave in de serie Studies en rapporten van de Raad van State. Deze uitgaven belichten aspecten van het werk van de Raad van State die om speciale aandacht en nadere doordenking vragen. De hoop is dat het onderhavige onderzoek een kader kan bieden voor een debat over doel en functie van de bestuursrechtspraak. Het onderzoek is intern begeleid door prof. mr. J.E.M. Polak, voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, en prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom. Wij zijn voorts veel dank verschuldigd aan mr. H.D. Tjeenk Willink, vice-president van de Raad van State, prof. mr. H.E. Bröring en prof. mr. dr. A.T. Marseille voor de inspirerende gesprekken en nuttige suggesties.

¹ Deze beeldspraak is ontleend aan M. Schreuder-Vlasblom, Inleiding, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006, p. 2.

Voor een nadere doordenking van doel en functie van bestuursrechtspraak is opvallend genoeg in de afgelopen Awb-evaluaties geen aandacht geweest. In dit onderzoek willen we voor die nadere doordenking nadrukkelijk aandacht vragen. Daarbij stellen wij ons ten doel om een meer systematische discussie op gang te brengen over doel en functie van de bestuursrechtspraak en de context te schetsen waarbinnen die discussie dient plaats te vinden. De centrale vraag die wij daarbij voor ogen hebben kan als volgt worden geformuleerd:

Aan welke doelstellingen dient de bestuursrechtspraak te beantwoorden en hoe, en in welke onderlinge verhouding, werken deze doelstellingen door bij een herbezinning op de bestuursrechtspraak?

Ter beantwoording van deze vraag zal het onderzoek worden onderverdeeld in een drietal delen. Een herbezinning op het bestuursprocesrecht dient naar onze mening te beginnen met het ontwerpen van een normatief toetsingskader, dat wil zeggen een samenhangend geheel van grondslagen en uitgangspunten die passen bij de wijze waarop in de samenleving wordt gedacht over bestuursrechtspraak. In deel I zullen wij trachten dat toetsingskader enige handen en voeten te geven door op zoek te gaan naar de doelstellingen die we nu en in de toekomst aan de bestuursrechtspraak mogen stellen en door te bezien in hoeverre aan die doelstellingen thans wordt beantwoord.

Het meest wezenlijke kenmerk van het bestuursprocesrecht vormt het besluitgeoriënteerde karakter ervan. De aanwezigheid van een besluit bepaalt niet alleen de bevoegdheid van de bestuursrechter; het bestreden besluit vormt tevens het voorwerp van rechterlijke toetsing. In de bestuursrechtelijke literatuur wordt regelmatig gediscussieerd over afschaffing of relativering van het besluitmodel. In deel II van dit onderzoek zullen wij onze aandacht richten op de voor- en nadelen van het besluitmodel en de recente ontwikkelingen. Wij proberen een antwoord te geven op de vraag of, en zo ja, in hoeverre de doelstellingen van bestuursrechtspraak zouden moeten leiden tot een verruiming van de rechtsmacht en het in meer of mindere mate los laten van het besluitgeoriënteerde karakter.

In deel III zullen wij ten slotte onze gedachten formuleren voor de verdere ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Wij doen dat door de geformuleerde doelstellingen van bestuursrechtspraak als uitgangspunt te nemen en die te bezien in onderlinge verhouding.



Deel I

Doel en functie van de
bestuursrechtspraak.
Een toetsingskader

1 Het karakter van het bestuursprocesrecht

1.1 Bestuursprocesrecht als besluitenprocesrecht

Een wezenlijk kenmerk van het Nederlands bestuursprocesrecht vormt het besluitgeoriënteerde karakter ervan. Het bestuursprocesrecht wordt wel gekarakteriseerd als een 'besluitenprocesrecht'. Het besluitbegrip vormt het aanknopingspunt voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Alleen tegen besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb kan in beroep bij de bestuursrechter worden opgekomen en het bestreden besluit vormt vervolgens ook het object van rechterlijke toetsing; de bestuursrechtelijke procedure is primair gericht op het beoordelen van de rechtmatigheid van het voorliggende besluit. Historisch is dit besluitgeoriënteerde karakter te verklaren uit de functie die aan de bestuursrechtspraak werd toebedacht. Die taak hield in dat de bestuursrechter op verzoek van een burger diende te controleren of het bestuur met het genomen besluit binnen de grenzen van zijn bevoegdheden was gebleven.¹

Algemeen wordt aanvaard dat de taak van het openbaar bestuur is gelegen in het behartigen van het algemeen belang. Het bestuur is bij het verwezenlijken van deze taak echter niet vrij om naar eigen inzicht invulling te geven aan de notie algemeen belang. Het is een belangrijk uitgangspunt in de democratische rechtsstaat dat ook het bestuur gebonden is aan het recht. De rechtsstaatgedachte houdt echter tevens in dat deze gebondenheid een geheel andere is dan die van de burger: de burger is vrij zijn doelen en middelen te kiezen, voor zover het recht hem dit niet verbiedt; het bestuur is onvrij, tenzij door het recht bevoegd verklaard. Deze fundamenteel andere gebondenheid aan het recht geeft het bestuursrecht zijn geheel eigen, bijzondere karakter. Centraal staat daarin het toekennen van bevoegdheden aan het bestuur om in het kader van de behartiging van het algemeen belang te besluiten, en het stellen van rechtsregels die de uitoefening van die bevoegdheden normeren. Ook het Awb-bestuursrecht is nog steeds geconceptualiseerd rondom de zowel formeel als materieel eenzijdige publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening door het bestuursorgaan. Met het besluit duiden we een handeling aan die enerzijds het eindstation vormt van het proces van de bestuursrechtelijke normering, maar die anderzijds gericht is op publiekrechtelijk rechtsgevolg in de zin dat het een verandering teweeg brengt in de wereld van het publieke recht. Het besluit vormt derhalve het eindpunt van het proces van publiekrechtelijke rechtsvorming, maar als zodanig maakt het van dat proces ook deel uit.

¹ VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: BJu 2004, p. 71.

Het is een belangrijk uitgangspunt in onze democratische rechtsstaat dat de rechtsvaststelling door het bestuursorgaan niet alleen onderhevig is aan politieke controle door een volksvertegenwoordigend orgaan, maar ook aan controle door een onafhankelijke rechter. Dit is niet altijd gemeengoed geweest. Aan het begin van de twintigste eeuw bleek de vraag of, en in hoeverre de rechter het bestuur zou mogen controleren nog buitengewoon gevoelig. De controverse tussen Minister van Justitie J.A. Loeff en de Amsterdamse hoogleraar A.A.H. Struycken behoort in dit verband tot de bestuursrechtelijke klassiekers.² Een eeuw later lijkt er nauwelijks nog discussie over te bestaan dat één van de dragende principes van de rechtsstaatsgedachte er uit bestaat dat de burger de mogelijkheid dient te hebben om een besluit van het openbaar bestuur ter toetsing aan een onafhankelijke rechter voor te leggen. Een principe dat bijvoorbeeld ook tot uitdrukking wordt gebracht in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM): 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld'. Hoewel de bewoordingen anders doen vermoeden, strekt deze bepaling zich ook uit tot (grote delen van) het bestuursrecht.

De toegang tot de bestuursrechter is in het Nederlandse bestuursprocesrecht gekoppeld aan een bepaalde vorm van overheidshandelen: het besluitbegrip. Ingevolge artikel 8:1, eerste lid, Awb kan een belanghebbende tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank. Het besluitbegrip vormt het aanknopingspunt voor de rechtsbescherming en is tevens het voorwerp van toetsing. Besluiten worden in de fase van de rechtsbescherming getoetst aan de objectiefrechtelijke normen die de bevoegdheidsuitoefening door het bestuur normeren en bij bevonden onrechtmatigheid vernietigd, dat wil zeggen met terugwerkende kracht uit de rechtsorde gehaald.

Het is vooral het objectiefrechtelijke, rechtsvormende karakter van besluiten dat heeft geleid tot de gedachte dat de taak van de bestuursrechter er uit bestaat te controleren of het bestuur op rechtmatige wijze van de hem toegekende

² In reactie op de op 17 februari 1905 ingediende ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak van Minister van Justitie Loeff, publiceerde A.A.H. Struycken een van de invloedrijkste geschriften uit de geschiedenis van het Nederlandse staats- en bestuursrecht. In zijn 'Administratie of rechter, beschouwingen over de moderne rechtsstaatsgedachte naar aanleiding van de aanhangige ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak' opent hij een felle aanval op de ontwerpen van Loeff.

bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Zoals Verheij het heeft samengevat: 'het bestuur beslist, de rechter toetst'.³ We stuiten hier op een wezenlijk verschil tussen het burgerlijk procesrecht en het bestuursprocesrecht. In het burgerlijk recht is de rechter belast met het zo nodig bindend vaststellen van de rechtsbetrekking tussen partijen. In het bestuursrecht, daarentegen, heeft de wetgever bestuursorganen belast met het (eenzijdig) vaststellen van de rechtsbetrekkingen tussen burger en overheid. De bestuursrechter toetst slechts of het bestuursorgaan bij deze vaststelling binnen de grenzen van het recht is gebleven.

Het besluitmodel typeert in hoge mate het karakter van ons bestuursprocesrecht. Waar het gaat om de typering van het procesmodel wordt van oudsher een onderscheid gemaakt tussen een tweetal modellen, veelal aangeduid met de aan de Franse doctrine ontleende termen 'recours objectif' en 'recours subjectif'. De keuze tussen beide modellen wordt bepaald door wat men als doel van bestuursrechtspraak ziet. In de Franse literatuur wordt het als volgt omschreven:

'On parle dans le premier cas de contentieux objectif: l'action a pour but la réparation d'atteintes portées à la légalité objective; dans le second cas, le contentieux est dit subjectif parce qu'il concerne des prérogatives personnelles du sujet de droit, de l'individu.'

De vraag is dus: dient bestuursrechtspraak vooral het algemene belang van de publieke rechtsgemeenschap bij rechtshandhaving of gaat het vooral om de bescherming van individuele rechtsposities van burgers? De opvatting over wat het doel van het bestuursprocesrecht is, werkt door in de aard en de inrichting ervan. Daarmee fungeert zij tot op zekere hoogte ook als richtingwijzer en toetssteen bij het denken over problemen en vraagpunten die ten aanzien van de bestuursrechterlijke procedure rijzen. Dat geldt ook voor de discussie over de vraag of het 'besluitmodel' nog wel in zijn huidige omvang kan worden gehandhaafd en niet beter (gedeeltelijk) door een zeker vorderingenmodel kan worden vervangen. De beantwoording van dit type vragen veronderstelt een visie op de doelstellingen van het bestuursrechtelijk proces.

In het recours objectif wordt de taak van de rechter enkel gezocht in het uitoefenen van een toezichtsfunctie op de legaliteit van het overheidshandelen. Het Franse vernietigingsberoep, het recours pour excès de pouvoir, vormt hiervan het klassieke voorbeeld. Het past bij de aard van het recours objectif dat het voorwerp van geschil wordt gevormd door een bepaalde vorm van overheids-

³ N. Verheij, 'Tussen toen en nu', *JBplus* 2003/1, p. 26-45.

handelen en dat er weinig eisen worden gesteld aan de hoedanigheid van de appellant. Deze laatste wordt in het recours objectif immers niet gezien als een autonoom wezen dat zijn rechten wil handhaven, maar als een aanbrengrer van gevallen waarin het bestuur zijn boekje te buiten is gegaan. Verheij spreekt in dit verband van de burger als een 'onbezoldigd rijksverklikker'. Tegenover het recours objectif wordt traditioneel het recours subjectif geplaatst. Het gaat hierbij om een procesvorm die primair in het teken staat van het bieden van individuele rechtsbescherming. Niet de controle op de rechtmatigheid van het overheids-optreden staat hierin centraal, maar de bescherming van subjectieve rechten van de appellant. De subjectieve benadering vertrekt zogezegd vanuit het perspectief van de rechtszoekende. Het voorwerp van geschil wordt hierbij niet gevormd door een bepaalde vorm van overheidshandelen, maar door de rechtspositie van de appellant. In een zuiver recours subjectif biedt de rechter rechtsbescherming door te oordelen over de vordering van de eiser. Zijn uitspraak is primair gericht op het definitief vaststellen van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger, voor zover deze in geschil is.

Het Nederlands bestuursprocesrecht neemt ten opzichte van deze ideaaltypische modellen een tussenpositie in. De objectieve oorsprong van ons stelsel van bestuursprocesrecht verklaart de dominante procestechnische positie van het besluitbegrip. Het objectieve model biedt bijvoorbeeld een verklaring voor het centraal stellen van het besluit als object van rechterlijke toetsing en voor de vernietiging en het opnieuw voorzien. Maar het procesrecht zoals dat in de Awb is neergelegd, vertoont ook elementen die aan het subjectieve model zijn ontleend. Dat geldt bijvoorbeeld waar het gaat om de afbakening van het geschil binnen de buitengrenzen van het aangevallen besluit (artikel 8:69, eerste lid, Awb). Dit verbod op 'ultra petitem' gaan en het verbod op 'reformatio in peius' geven er blijk van dat de gedachte van individuele rechtsbescherming bij de totstandkoming van het Awb-procesrecht een rol heeft gespeeld. Met recente ontwikkelingen in de bestuursprocesrechtelijke wetgeving, zoals bijvoorbeeld het introduceren van een relativiteitsvereiste en een verruiming van de mogelijkheden tot het passeren van gebreken, lijken nieuwe stappen te zijn gezet in de richting van een recours subjectif. Het Awb-procesrecht blijft vooralsnog echter een procesrechtelijk model dat trekken heeft van zowel een recours objectif als een recours subjectif. In paragraaf 1.3 gaan we dieper in op de karakteristieken van het Awb-model. Om die te begrijpen is het nodig ze in hun historische context te bezien. Om die reden geven we in paragraaf 1.2 een impressie van de historische ontwikkeling van het bestuursprocesrecht.

1.2 Het bestuursprocesrecht in het pre-Awb tijdperk

Om de ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht goed te kunnen begrijpen is enige historische kennis over de ontwikkeling van ons stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming onontbeerlijk. Om die reden gaan wij op deze plaats, zij het kort, in op de karakteristieken van het bestuursprocesrecht vóór de inwerking-treding van de Algemene wet bestuursrecht.

De inrichting van het stelsel van rechtsbescherming tegen het bestuur heeft de juridische gemoederen in Nederland ruimschoots meer dan een eeuw bezig gehouden. In 1861 werd in de Wet op de Raad van State het Kroonberoep wettelijk geregeld en werd het onderzoek van bij de Kroon aangebrachte bestuursgeschillen opgedragen aan een Afdeling voor de geschillen van bestuur. Daarmee werd het Franse voorbeeld gevolgd waar de administratieve rechtspraak was opgedragen aan een Section du contentieux van de Conseil d'Etat. Deze was aanvankelijk – evenals de Nederlandse Afdeling voor de geschillen van bestuur – adviesorgaan van de regering in de door haar te beslissen geschillen tussen bestuursorganen onderling en tussen burgers en bestuursorganen, de zogenaamde geschillen van bestuur. De regering had echter het recht om – desgewenst in afwijking van het advies – over het beroep te beslissen. Het Kroonberoep was een mengvorm van bestuurlijk toezicht en rechtsbescherming.

Bij de grondwetsherziening van 1886 werden twee bepalingen opgenomen die de instelling van een administratieve rechterlijke macht, al dan niet gekoppeld aan de Raad van State, mogelijk maakten. Na het grondwetsartikel dat de kennis-neming van alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortvloeiende rechten, over schuldvordering en ander burgerlijke rechten bij uitsluiting aan de rechterlijke macht opdroeg werd ingevoegd: 'De wet kan de beslissing van twistgedingen, niet behorende tot die, vermeld in artikel 153, hetzij aan den gewonen rechter, hetzij aan een collegie met administratieve regtspraak belast, opdragen; zij regelt de wijze van behandeling en de gevolgen der beslissingen.' En aan de bepalingen over de Raad van State werd het volgende artikel toegevoegd: 'De wet kan aan den Raad van State of aan eene afdeling van dien Raad de uitspraak over geschillen opdragen.' Deze bepalingen zijn nagenoeg gelijk aan de huidige artikel 112, tweede lid, en artikel 73, derde lid, van de Grondwet.

De totstandkoming van een algemeen stelsel van bestuursrechtspraak heeft echter lang op zich laten wachten. Een voorstel van de Commissie-Kappeyne van de Coppello in 1894 tot instelling van de Administratief Hooggerechtshof met administratieve rechtspraak belast, heeft nimmer geleid tot een bij de Staten-Generaal ingediend ontwerp van wet. Minister van Justitie Loeff in het kabinet

Kuyper deed vervolgens in 1905 een verwoede poging om tot een algemene regeling voor administratieve rechtspraak te komen. Zijn inspanningen leidden niet tot het gewenste resultaat, onder meer door de stevige kritiek van de eerder genoemd hoogleraar Struycken.

Inmiddels waren er op het terrein van het sociale zekerheidsrecht met de introductie van de Beroepswet van 1902 zogenaamde 'raden van beroep' ingesteld. Deze administratieve gerechten waren bevoegd om kennis te nemen van geschillen over de uitleg van de Ongevallenwet en later van andere regelingen op het terrein van de sociale zekerheid. Hoger beroep tegen de beslissingen van de raden van beroep stond open op de Centrale Raad van Beroep. Later, in 1929 werden met de Ambtenarenwet zogenaamde Ambtenarengerechten geïntroduceerd. Ook tegen uitspraken van deze administratieve rechter kon voorziening worden gevraagd bij de Centrale Raad van Beroep.

In 1954 trad de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (Wet Arbo) in werking. Deze wet voorzag in een regeling van de rechtsbescherming tegen besluiten en handelingen van de in te stellen bedrijf- en productschappen. Genoemde wet voorzag in de instelling van een College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Op voorstel van de Commissie-Van der Grinten werd beroep bij het CBB mogelijk op een viertal gronden: strijd met een algemeen verbindend voorschrift, détournement de pouvoir, willekeur en anderszins strijd met een in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

Bij de in 1963 in werking getreden Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet BAB) werd bij die toetsingscriteria aansluiting gezocht. Op basis van het advies van de Commissie-De Monchy voorzag laatstgenoemde wet in een algemene regeling voor het Kroonberoep, de Afdeling geschillen van de Raad van State gehoord, tegen beschikkingen van de centrale overheid.⁴ De Wet BAB voorzag aldus in een novum: een rechtmatigheidsberoep op de Kroon. Niet een rechtmatigheidstoetsing door een onafhankelijke administratieve rechter, maar door het bestuur; een tussenfiguur derhalve tussen administratieve rechtspraak en administratief beroep. Overigens liet de Wet BAB onverlet dat de Kroon daarenboven ook een besluit kon aantasten op grond van beleidsmatige overwegingen of bestuurlijke inzichten.

⁴ Een voorstel voor rechtsbescherming tegen feitelijke overheidshandelingen, de wet Onrechtmatige Daad Overheidslichamen (Wet ODOL) heeft het niet tot wet gebracht.

De Wet BAB werd in 1976 vervangen door de Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob). De Wet op de Raad van State was daarvoor reeds gewijzigd, waarbij naast een Afdeling geschillen een Afdeling rechtspraak werd ingesteld. De Wet Arob stelde algemeen aanvullend beroep bij de Afdeling rechtspraak open tegen beschikkingen van bestuursorganen. Anders dan onder de Wet BAB ging het hierbij niet meer uitsluitend om beschikkingen van de centrale overheid, maar ook en vooral kon onder de Wet Arob beroep worden ingesteld tegen beschikkingen van decentrale overheden. Binnen de Raad van State ontstond in 1987 een tweede rechtsprekende afdeling met de totstandkoming van de Tijdelijke wet Kroongeschillen. Nadat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in het Benthem-arrest had uitgemaakt dat het Kroonberoep geen beroep op een onafhankelijke rechter inhield, werd bij wege van interim-maatregel de beslissing in veel kroonberoepen met ingang van 1 januari 1988 overgedragen aan de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State. Laatstgenoemde afdeling werd daarmee evenzeer als de Afdeling rechtspraak, een rechtsprekend orgaan.

Dit beeld van de Nederlandse bestuursrechtelijke rechtsbescherming werd uiteindelijk fundamenteel herzien met het in werking treden van de Wet voltooiing eerste fase herziening van de rechterlijke organisatie in 1994. Met de tegelijk in werking getreden Algemene wet bestuursrecht werd voorzien in een algemene regeling voor bestuursrechtspraak naar het model zoals we dat tot op heden nog steeds kennen. De ontstaansgeschiedenis van de Nederlandse bestuursrechtspraak is derhalve een traject geweest dat meer dan een eeuw in beslag heeft genomen en dat een nogal grillig verloop heeft gekend. Het verbrokkelde karakter ervan maakt het moeilijk om te spreken van een bepaalde eenduidige visie op doel en functie van de bestuursrechtspraak. Daar komt bij dat in het Nederlandse recht een grondwettelijk oriëntatiepunt op doel en functie van de bestuursrechtspraak altijd heeft ontbroken. Dat is bijvoorbeeld anders in het Duitse recht, waar artikel 19, vierde lid, van de Duitse Grondwet (GG) een algemeen recht op toegang tot de rechter in verband met schendingen van rechten door de overheid geeft: 'Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm den Rechtsweg offen'. Deze bepaling uit de grondwet van 1949 is uiteraard in sterke mate historisch bepaald, maar is door de jaren heen ook een belangrijk oriëntatiepunt gebleken bij het denken over en de inrichting van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in Duitsland. Artikel 19 IV GG geeft samen met artikel 20 III GG uitdrukking aan het fundamentele rechtsstatelijke beginsel van wetmatigheid van overheidsoptreden. Zo bepaalt artikel 20 III GG expliciet dat de uitvoerende macht aan wet en recht gebonden is.

Deze gebondenheid van het bestuur aan het objectieve recht wordt vervolgens in artikel 19 IV GG gesubjectieerd, doordat in deze bepaling de burger een processueel recht wordt toegekend op rechtsbescherming tegen schending van diens subjectieve rechten als gevolg van onrechtmatig overheidsoptreden. Juist door laatstgenoemde bepaling is de rechtsbescherming tegen de overheid in het Duitse recht in sterke mate op subjectieve leest geschoeid. De bescherming van de rechtspositie van het individu is het primaire doel van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Dat zien we in de wijze waarop de kring van beroepsgerechtigden is vormgegeven, maar ook in andere onderdelen van het Duitse bestuursprocesrecht. Een dergelijk oriëntatiepunt ontbreekt in het Nederlands constitutioneel recht. Het recht op toegang tot de rechter kennen wij niet als zodanig in onze Grondwet. Dat wil niet zeggen dat dit recht geen onderdeel vormt van onze rechtsorde. Maar als zodanig vindt het hoofdzakelijk zijn grondslag in het Europees en internationaal recht. Te denken valt in dit verband aan artikel 6 EVRM. Daarmee is weliswaar gezegd waaraan ons systeem van rechtsbescherming in ieder geval moet voldoen, maar ook niet meer dan dat. De in het Europese en internationale recht verankerde rechten vormen als het ware in acht te nemen minimumeisen, maar zij bieden geen oriëntatiepunt voor het denken over het doel van het systeem van rechtsbescherming tegen de overheid. Dat denken moet derhalve worden geïnspireerd door andere, soms constitutionele, soms andersoortige, bronnen.

Oorspronkelijk werd in de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursprocesrecht aan de bestuursrechtelijke procedure een tweetal functies toegekend: niet alleen rechtsbescherming van de rechten van de burger, maar ook toezicht op bestuursorganen door handhaving van het objectieve recht. Voor iemand als Loeff was laatstgenoemde functie zelfs de primaire. Zoals Verheij opmerkt:

'Loeff was geheel consequent, als we bedenken dat hij de appellant in het administratieve proces niet zag als een autonoom rechtssubject dat zijn rechten wilde handhaven, maar meer als een soort onbezoldigd rijksverklikker, als aanbrengrer van gevallen waarin het bestuur zijn boekje te buiten was gegaan.'⁵

Het past in de door Struycken als 'formeel juridische rechtsstaatsgedachte' aangeduide opvatting van Loeff, waarin omwille van de naleving van de wet door het bestuur beroep op een administratieve rechter nodig werd gedacht.

⁵ N. Verheij, 'Een klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. Ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 136.

Deze gedachte van de rechter die controle uitoefent op het bestuur heeft in de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursprocesrecht altijd in meer of mindere mate een rol gespeeld, waardoor het procesrecht altijd een betrekkelijk objectief karakter had.

Vanzelfsprekend kende het Kroonberoep naar zijn aard een sterk accent op de controlefunctie. Het Kroonberoep vormde immers een mengvorm van bestuurlijk toezicht en rechtsbescherming. Het bestreden besluit werd niet alleen op rechtmatigheid beoordeeld, maar ook op grond van beleidsmatige overwegingen en bestuurlijke inzichten. Maar ook bij de verschillende vormen van bestuursrechtspraak leek de controlefunctie, als we het toepasselijke procesrecht bezien, in zekere zin een rol te spelen. Onder de oude Beroepswet en de Ambtenarenwet was de beroepszaak als het ware de hefboom voor een procedure waarin het hele overheidshandelen dat in een beslissing besloten lag aan een in beginsel onbeperkte toetsing door de rechter te onderwerpen.⁶ De oude Beroepswet zei dat heel kernachtig in artikel 69: 'de uitspraak van de rechter betreft de beslissing, door het beroep aan zijn oordeel onderworpen'. Nu bepaalde het tweede lid van genoemde bepaling weliswaar dat de rechter zich *kan* beperken tot het punt van geschil. Maar afgezien van deze beperking, die de rechter naar eigen inzicht kon invullen, lag na een ingesteld beroep het gehele besluit aan hem ter toetsing voor.⁷ Diezelfde bepaling gold overigens ook voor de toetsing in hoger beroep door de Centrale Raad van Beroep. Voor het Arob-beroep bestond niet een equivalent van artikel 69 van de oude Beroepswet. Evenmin bestond voor de Afdeling rechtspraak een wettelijke verplichting gelijk het huidige artikel 8:69, eerste lid, Awb, om zich in de toetsing te beperken tot de grenzen van het geschil zoals dat aan haar is voorgelegd. In het door Van Buuren e.a. verrichte onderzoek naar het functioneren van het Arob-beroep wordt overigens geconcludeerd dat uit de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak geen gevallen bekend zijn waarin de rechter 'ultra petita' ging.⁸ Nu is het de vraag hoe we deze conclusie moeten begrijpen. Uit genoemd onderzoeksrapport wordt bijvoorbeeld niet duidelijk wat de onderzoekers precies als de 'grenzen van het geschil' beschouwden. De dogmatiek was op dat punt in 1981 natuurlijk ook nog lang niet zover

⁶ Vgl. A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel*, Alphen a/d Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1987, p. 341 die de rechter in dit verband omschrijft als 'magister litis'.

⁷ Zie in dit verband ook F.P. Zwart, 'Vijftien jaar Algemene wet bestuursrecht: een alternatieve evaluatie', *Trema* 2010/1, p. 22-25.

⁸ P.J.J. van Buuren, H. Bolt & M. Scheltema, *Kroonberoep en Arob-beroep*, Deventer: Kluwer 1981, p. 98-99.

uitgekristalliseerd als zij thans is. Het voert dan ook te ver uit bedoeld onderzoek af te leiden dat de Afdeling rechtspraak destijds niet veel anders deed dan de huidige bestuursrechters doen onder het regime van artikel 8:69 Awb. De indruk bestaat toch dat de Afdeling rechtspraak in dat opzicht – zoals dat ook gold voor de rechters op het terrein van het sociale zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht – een wat soepeler benadering koos waar het ging om de relatie tussen de aangevoerde beroepsgronden en de reikwijdte van de rechterlijke toetsing.

Dat neemt niet weg dat in de literatuur en ongetwijfeld ook in de rechtspraak steeds nadrukkelijker de opvatting postvatte dat rechtspraak geen geschikt instrument is om een volledige controle uit te oefenen op de rechtmatigheid van het bestuuroptreden. De auteurs van het losbladig commentaar *Administratieve Rechtsgangen*, onder aanvoering van Scheltema,⁹ beschouwden de uitoefening van toezicht, zo niet als misbruik, dan toch als oneigenlijk gebruik van het administratieve proces.¹⁰ Tegelijkertijd lijkt te kunnen worden gezegd dat het procesrecht van vóór 1 januari 1994 nog niet zo sterk was doordrenkt van de notie van individuele rechtsbescherming, in de zin van geschillenbeslechting, als dat later onder de Awb het geval zou zijn.

1.3 Uitgangspunten en functies van het Awb-bestuursprocesrecht

De regering stelt bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht voorop dat het wetsvoorstel in hoofdzaak een codificerend en harmoniserend karakter heeft en dat aldus niet een belangrijke verandering in de tot dat moment geldende rechtsregels wordt beoogd.¹¹ Zij voegt daaraan toe dat het codificeren en systematiseren van rechtsregels moeilijk kan geschieden zonder enig zicht op de stand van ontwikkeling van het bestuursrecht en op hetgeen in de toekomst te verwachten valt. Tegelijkertijd merkt zij echter op dat van haar daarover geen fundamentele of dogmatische beschouwingen mogen worden verwacht.¹² Zoals Brugman terecht opmerkt is het de vraag of dit uitgangspunt geheel terecht is: is het niet juist aan de wetgever om op hoofdlijnen keuzes te maken en die te verantwoorden?¹³

⁹ Zie *Administratieve Rechtsgangen*, Algemeen deel, 1.2.2 (M. Scheltema).

¹⁰ Vgl. ook P. Banda, *Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de invloed van de functie van het beroep op de rechter bij de regeling van het administratieve procesrecht* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

¹¹ *PG Awb I*, p. 39.

¹² *PG Awb I*, p. 39.

¹³ D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2010, p. 44.

Op enkele punten heeft de wetgever overigens wél blijk gegeven van een meer principiële opvatting. Eén zo'n punt is het doel en de functie van de bestuursrechtelijke procedure. In de toelichting wordt hierover opgemerkt:¹⁴

'[wij] kiezen (...) voor de rechtsbeschermingsfunctie (...) als primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht. Het bestuursprocesrecht dient derhalve een adequaat kader te bieden voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en bestuursorgaan. Een en ander betekent, dat die kenmerken van de bestaande regelingen van bestuursprocesrecht die uitsluitend dienstbaar kunnen zijn aan het verwezenlijken van de doelstelling van het handhaven van het objectieve publiekrecht, in de nieuwe opzet niet terugkeren. Het betekent ook, dat de keuze van de wetgever voor de primaire doelstelling onder omstandigheden voor de rechter redengevend kan zijn bij de uitleg en de toepassing van het bestuursprocesrecht. Uit het voorgaande volgt overigens niet, dat het handhaven van het objectieve publiekrecht in het geheel geen rol meer speelt. Voor elke regeling van procesrecht – die immers uit de aard der zaak dienstbaar is aan het geldend maken van aan het materiële recht ontleende aanspraken – geldt dat haar toepassing leidt tot het handhaven van het objectieve recht. Dat is voor het bestuursprocesrecht niet anders. Waar het om gaat, is dat als gevolg van de veranderde verhouding tussen bestuursorgaan en burger de handhaving van het objectieve publiekrecht niet langer een zelfstandige, laat staan primaire, doelstelling van het bestuursprocesrecht kan zijn'.

De regering neemt hiermee uitdrukkelijk afstand van wat in haar woorden historisch gezien de eerste doelstelling van ons stelsel van bestuursrechtspraak is geweest: de handhaving van het objectieve publiekrecht.¹⁵ Zij kiest voor de rechtsbeschermingsfunctie als primaire, maar ook enige functie; de handhaving van het objectieve recht is niet langer een zelfstandige doelstelling van het bestuursprocesrecht. Zij sluit daarmee aan bij de reeds voor 1994 gegroeide overtuiging dat rechtspraak een weinig doelmatig middel is om toezicht op de rechtmatigheid van het overheidsoptreden uit te oefenen.

Wat nu precies is bedoeld met de rechtsbeschermingsfunctie, blijft ook na bestudering van de toelichting bij de Algemene wet bestuursrecht onduidelijk. Duidelijk is wel wat níet is bedoeld: de rechter is geen controleur van het

¹⁴ *PG Awb II*, p. 174.

¹⁵ *PG Awb II*, p. 172.

openbaar bestuur uitsluitend ten behoeve van de handhaving van het objectieve publiekrecht. Maar wat is de rechtsbeschermingsfunctie dan wél? De onduidelijkheid daarover wordt voor een belangrijk deel gecreëerd doordat de begrippen rechtsbescherming en subjectivering willekeurig en soms zelfs als synoniemen worden gebruikt. Bezien we nu de karakteristieken van het Awb-procesrecht dan lijkt de gemaakte keuze echter allerm minst te hebben geresulteerd in een recours subjectief. Sommige van die karakteristieken passen meer bij een recours objectief dan bij een op subjectieve leest geschoeid procesmodel. Zo staat in het Awb-procesrecht als voorwerp van geschil nog immer het bestuursbesluit en niet de rechtspositie van de betrokkene, in de zin van het door het recht beschermde belang, centraal. Daarmee is overigens nog niet gezegd dat het stelsel van bestuursprocesrecht in onvoldoende mate overeenstemt met het normatieve vertrekpunt van de 'individuele rechtsbescherming'. Veeleer blijkt hieruit dat met het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie (vooralsnog) niet is bedoeld het ideaaltipe van een recours subjectief te realiseren, doch dat aan het begrip 'rechtsbescherming' een andere betekenis is toegekend.

Een belangrijk argument waarom de regering kiest voor de rechtsbeschermingsfunctie is gelegen in de door de regering gesignaleerde veranderende verhouding tussen burger en bestuur. Zij signaleert een onmiskenbare tendens naar een meer wederkerige wijze van rechtsvaststelling.¹⁶ Naar haar oordeel moet de verhouding tussen bestuursorgaan en burger in toenemende mate als een rechtsbetrekking worden aangemerkt, met wederzijdse rechten en plichten, als gevolg waarvan het primaat van het handhaven van het objectief publiekrecht in de jaren voor 1994 reeds heeft plaatsgemaakt voor het primaat van de rechtsbeschermingsfunctie. Nu heeft geen passage in de toelichting bij de Algemene wet bestuursrecht zoveel stof doen opwaaien en zoveel kritiek ontmoet dan die waarin de verhouding tussen burger en bestuur wordt gekenschetst als een wederkerige rechtsbetrekking. Wij gaan daar niet verder op in, maar noemen het concept van de wederkerige rechtsbetrekking op deze plaats omdat het tot op zekere hoogte uitdrukking geeft aan de visie van de regering op de rol van partijen in de procedure en op de vraag wat precies met de rechtsbeschermingsfunctie wordt bedoeld.

Tegen de achtergrond van de beschreven verhouding tussen burger en bestuur als een rechtsbetrekking lijkt een belangrijk gezichtspunt te zijn dat procespartijen in de bestuursrechtelijke procedure nadrukkelijk als autonome rechtssubjecten worden beschouwd – en dus niet als onbezoldigde rijksverklikkers – die procederen met als inzet hun eigen belang en positie, waarbij past dat zij ook een zekere verantwoordelijkheid dragen voor hun eigen procesgedrag. Misschien is dat

¹⁶ PG Awb II, p. 174.

ook de achtergrond van de opmerking in de toelichting dat als gevolg van het toekennen van een groter gewicht aan de notie van de rechtsbetrekking, deze ontwikkeling gepaard is gegaan met een – gelijktijdige – relativering van de gedachte van de ongelijkheidscompensatie.¹⁷ Het lijkt aannemelijk dat de wetgever met de keuze voor individuele rechtsbescherming een procesvariant voor ogen heeft gestaan waarin het bestuursprocesrecht veel meer dan voorheen het geval was een adequaat kader behoort te bieden voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en bestuur. De in de toelichting geduide verschuiving van het primaat van de handhaving van het objectieve publiekrecht naar het bieden van individuele rechtsbescherming, lijkt dan ook veeleer te moeten worden gezien als een ontwikkeling van een procesvariant waarbij de bestuursrechter het gehele besluit op rechtmatigheid toetst naar een procesvorm waarin hij zich (in beginsel) beperkt tot de gronden die door partijen naar voren zijn gebracht. In de memorie van toelichting wordt dit nog eens benadrukt:¹⁸

‘Het streven naar het zoeken van de materiële waarheid blijft in de nieuwe opzet overeind, maar is in zijn uitwerking belangrijk gerelativeerd. Een belangrijke relativering is, dat de rechter in beginsel is gebonden aan de omvang van het geschil zoals door de indiener van het beroepsschrift – en mogelijk derde-belanghebbenden – aan hem is voorgelegd. Meer is, gelet op de rechtsbeschermingsfunctie van het bestuursrechtelijke geding en het gegeven van het bestaan van een rechtsbetrekking tussen partijen, niet nodig en ook niet gewenst. De rechter behoort derhalve niet buiten de omvang van het voorgelegde geschil te treden, niet ultra petita te gaan’.

De keuze voor de rechtsbeschermingsfunctie, in de zin van geschillenbeslechting, veronderstelt niet zonder meer het centraal stellen van de rechtspositie van de appellant als voorwerp van geschil. De keuze voor geschillenbeslechting als doelstelling zegt alleen dat het geschilpunt dat partijen verdeeld houdt in de procedure centraal staat en vooral dat die aspecten die zij niet aan de orde stellen of bedoeld hebben te stellen, door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten. De keuze zegt op zichzelf nog niet zoveel over wat het voorwerp van geschil in de procedure zou moeten zijn: dat kan de rechtspositie van betrokkene zijn, in de zin van diens door het recht beschermde belang, maar ook een (onderdeel van een) bestuursbesluit. In het Awb-procesrecht staat nog steeds de rechtmatig-

¹⁷ PG Awb II, p. 174.

¹⁸ PG Awb II, p. 175.

heidstoetsing ex tunc van een besluit centraal. In de toelichting wordt echter opgemerkt dat uit een oogpunt van rechtsbescherming, maar evenzeer uit een oogpunt van doelmatige en doeltreffende geschillenbeslechting, de nadelige consequenties van het noodzakelijkerwijs thans handhaven van deze benadering zoveel mogelijk dienen te worden geredresseerd.¹⁹

In het licht van deze laatste opmerkingen in de toelichting zou kunnen worden gezegd dat het Awb-procesrecht een keuze heeft gemaakt voor een tussenvariant tussen het recours objectif en het recours subjectif. Een variant die ook door de wetgever lijkt te worden gezien als een tussenvariant op weg naar een verdere subjectivering van het procesrecht. In de toelichting wordt opgemerkt dat het niet is uitgesloten dat de ontwikkelingen die met de Awb worden gecodificeerd in de verdere toekomst zullen leiden tot een wezenlijk andere benadering van het bestuursprocesrecht.²⁰ 'Staat nu nog de rechtmatigheidstoetsing ex tunc van een besluit centraal, denkbaar is dat, zoals dat ook in het burgerlijk procesrecht het geval is, de rechtsbetrekking ex nunc de inzet van de procedure wordt, waarbij ook aan het betrokken bestuursorgaan een actie toekomt'. In 1994 was de tijd daarvoor nog niet rijp.²¹ 'Hoe interessant deze bespiegelingen ook zijn, het zal duidelijk zijn dat het thans te vroeg is om daaraan operationele gevolgen te verbinden'. De vraag rijst of het anno 2011 niet tijd wordt die mogelijkheden wel nadrukkelijker te verkennen.

2 Recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht

2.1 Inleiding

Met de Algemene wet bestuursrecht werd een ontwikkeling gecodificeerd die tot op zekere hoogte reeds langer zichtbaar was in het bestuursprocesrecht: een verschuiving van een objectieve rechtmatigheidscontrole in volle omvang naar een geschillenbeslechtingsperspectief. Op dit moment lijken zich in het bestuursprocesrecht echter verschillende ontwikkelingen te voltrekken die in onderlinge verhouding bezien een verdergaande structuurwijziging in het stelsel van bestuursprocesrecht teweeg brengen.

We bevinden ons in een periode waarin er druk wordt gebouwd en verbouwd aan het systeem dat in 1994 met de inwerkingtreding van de Awb werd geïntro-

¹⁹ *PG Awb II*, p. 175.

²⁰ *PG Awb II*, p. 174.

²¹ *PG Awb II*, p. 176.

duceerd. Soms gaat het daarbij om initiatiefwetten (zoals de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen en de Wet bestuurlijke lus), dan weer gaat het om Europese implementatiewetgeving (zoals de met de Dienstenwet geïntroduceerde *lex silencio positivo*). Soms is het een aanpassingswet (het voorontwerp Wet aanpassing bestuursprocesrecht), dan weer crisiswetgeving (zoals de Crisis- en herstelwet). Deze verschillende wetgevingsactiviteiten roepen de vraag op of zij uitgaan van en passen in één samenhangende visie op de verdere ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.²²

Waar komen deze wijzigingen uit voort? Anders gezegd: wat vertellen zij ons in onderlinge verhouding gezien over de ontwikkeling in het denken over de grondslagen van het systeem van bestuursprocesrecht? In dit hoofdstuk willen wij een antwoord vinden op die vraag. Het gaat er ons in de eerste plaats om die ontwikkelingen in kaart te brengen om pas in de slotparagraaf tot een waardering ervan te komen. De hierboven geschetste ontwikkelingen op het niveau van de wetgever laten zich naar onze mening kwalificeren aan de hand van een drietal themata: subjectivering, finaliteit en versnelling. Wij zullen deze themata in het hiernavolgende nader uitwerken.

2.2 Subjectivering

Op dit moment lijken zich in het bestuursprocesrecht verschillende ontwikkelingen te voltrekken die in onderlinge verhouding gezien lijken te duiden op een streven om het bestuursprocesrecht in zijn ontwikkeling te brengen in de richting van een stelsel van subjectieve rechtsbescherming. Daarmee bedoelen wij dat het streven lijkt te zijn gericht op een procesmodel dat in sterkere mate dan voorheen trekken vertoont van een *recours subjectif*. Dat wil zeggen op een procesmodel waarbij de bestuursrechtspraak primair is betrokken op de rechtspositie, in de zin van de rechtens beschermde belangen van de eisende partij.²³

Een zeer in het oog springende wijziging in het geldend bestuursprocesrecht in dit verband is de invoering van een relativiteitseis in de Crisis- en herstelwet. In artikel 1.9 van deze wet wordt bepaald: 'De administratieve rechter laat toetsing van het bestreden besluit aan een geschreven of ongeschreven rechtsregel achterwege, indien de rechtsregel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen

²² Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Er waren eens vier doelstellingen', *NTB* 2010/3, p. 49-50.

²³ Zie hierover ook B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettehoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 7-9.

van degene die zich beroept op schending van die rechtsregel'. De relativiteitseis stelt niet langer het besluit als zodanig, maar veeleer de rechtspositie van de rechtszoekende – in de zin van diens door het recht beschermde belang – als voorwerp van geschil in de procedure centraal. De enkele objectieve onrechtmatigheid van het bestreden besluit vormt op zichzelf niet langer een grond om het besluit zonder meer te vernietigen. Vereist is enige mate van betrokkenheid van de geschonden rechtsnorm op het belang van de rechtszoekende.

In diezelfde tendens past ook de in de Crisis- en herstelwet geïntroduceerde verruiming van de mogelijkheden voor de rechter tot het passeren van gebreken. Artikel 1.5 van genoemde wet luidt: 'Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan ondanks de schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld'. De Awb kent in artikel 6:22 de mogelijkheid bepaalde vormgebreken te passeren als belanghebbenden daardoor niet worden benadeeld. In de Crisis- en herstelwet, alsmede in het wetsvoorstel voor de Wet aanpassing bestuursprocesrecht, wordt beoogd een verruiming aan te brengen door ook bij schending van andere voorschriften dan vormgebreken de rechter de mogelijkheid te bieden het bestreden besluit niet te vernietigen als belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld. Ook hier geldt – min of meer vergelijkbaar met het relativiteitsvereiste – dat er enige relatie wordt gelegd tussen de normschending en het belang van de bij het besluit betrokkenen, waaronder de aanlegger van het geding. De verdergaande subjectivering van het bestuursprocesrecht heeft met andere woorden tot gevolg dat de rechtzoekende wordt gezien als een autonoom rechtssubject dat met het instellen van beroep beoogt een gepretendeerde schending van zijn 'subjectieve rechten' te redresseren. De handhaving van rechtsnoeren die niet op een of andere wijze zijn betrokken op het persoonlijk belang van de aanlegger past daarbij niet.

De redenen voor een verdere subjectivering van het bestuursprocesrecht lijken vooral te moeten worden gezocht in argumenten die zijn gelegen buiten het systeem van het Awb-procesrecht zelf. De keuze die de Awb-wetgever destijds heeft gemaakt door het primaat van geschillenbeslechting, betekent op zichzelf nog niet dat beoogd is het bestuursprocesrecht in de sleutel van subjectieve, uit het publiekrecht voortvloeiende rechten te zetten. Deze keuze zegt immers op zichzelf nog niet zonder meer iets over de vraag wie, onder welke voorwaarden, zijn geschil met een bestuursorgaan aan een rechter moet kunnen voorleggen. Het antwoord op de vraag of een verdere subjectivering van het bestuursrechtelijke

rechtsbeschermingstelsel noodzakelijk is, kan dan ook niet worden gesteund op de destijds door de Awb-wetgever gemaakte keuze voor individuele rechtsbescherming. Veeleer lijkt het antwoord afhankelijk van een bepaalde rechtspolitieke opvatting over de vraag waartoe de procedure voor de bestuursrechter dient. In dat verband is het overigens maar de vraag of de huidige ontwikkelingen daadwerkelijk voortkomen uit een gericht streven naar subjectivering van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, of dat deze subjectivering hoogstens een neveneffect is van uit andere motieven voortkomende structuurwijzigingen. De toelichting bij de Crisis- en herstelwet biedt in elk geval geen aanknopingspunten voor de veronderstelling dat aan de introductie van de relativiteitsvereiste een principiële doordenking van dit instrument in relatie tot de grondslagen van het systeem van bestuursprocesrecht ten grondslag ligt. Gelet op de aard van deze bijzondere wet is dat nog wel enigszins begrijpelijk, maar ook in de toelichting bij het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht waarin het relativiteitsvereiste Awb-breed wordt geïntroduceerd treffen we een dergelijke doordenking niet aan. In relatie tot de Crisis- en herstelwet lijkt de veronderstelling gerechtvaardigd dat het relativiteitsvereiste primair is geïntroduceerd als nuttig instrument om een versnelling te bewerkstelligen in de uitvoering van overheidsbesluitvorming. We komen hier in paragraaf 2.4 uitvoeriger op terug.

2.3 Finaliteit

Naarmate de focus sterker wordt gericht op geschillenbeslechting als doel van het bestuursprocesrecht komen er ook andere eisen in beeld, waaraan de bestuursrechtelijke rechtspleging in toenemende mate moet voldoen. Het perspectief op bestuursrechtspraak wordt daarbij geplaatst in de context van de werking van de geschillenbeslechting in het staatsbestel als geheel. Daardoor komt er een ander element bij: finaliteit. De huidige samenleving stelt andere eisen aan bestuursrechtspraak en daarmee aan de inrichting van het bestuursprocesrecht. Dat moet niet alleen een kwalitatief hoogstaande en zorgvuldige, met de nodige waarborgen omklede procesgang garanderen, maar ook in staat zijn om op andere wijze het goed functioneren van de samenleving te faciliteren: door een effectieve wijze van geschillenbeslechting.²⁴

De door de Awb-wetgever gemaakte keuze voor geschillenbeslechting als primaire doelstelling van het bestuursprocesrecht impliceerde een procesmodel

²⁴ Vgl. ook J.C.A. de Poorter & E.M.H. Hirsch Ballin, 'Enkele beschouwingen over de toekomst van de rechtspleging, met name in het bestuursrecht', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke Macht, studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 650-652.

waarin de rechtzoekende de grenzen van het geschil bepaalt. Hij bepaalt in beginsel aan welke rechtsnormen de rechter het bestreden besluit dient te toetsen. In het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien doet de rechter vaak een uitspraak waarbij hij het besluit – indien hij oordeelt dat het is genomen in strijd met een norm van objectief publiekrecht – vernietigt en het bestuur opdraagt met inachtneming van zijn uitspraak een nieuw besluit te nemen. Daarmee is het juridische geschil dat partijen verdeeld houdt veelal echter nog niet uit de wereld. Dit maakt duidelijk dat finaliteit niet zonder meer met geschillenbeslechting vereenzelvigd mag worden. Naarmate meer het accent wordt gelegd op het geschillenbeslechtend vermogen van de bestuursrechtspraak groeit de behoefte aan finaliteit, maar tegelijkertijd geldt dat finale geschillenbeslechting in het bestuursprocesrecht lange tijd beslist geen vanzelfsprekendheid was.

Sinds enkele jaren wordt aan het streven naar finaliteit in de geschillenbeslechting in toenemende mate gewicht toegekend. Dat is het geval op het niveau van de rechtspraak, maar ook op het niveau van de wetgever. In de rechtspraak is de laatste tijd een zekere verschuiving zichtbaar in de attitude van de bestuursrechters.²⁵ Hoewel de Awb reeds lange tijd de mogelijkheden kende tot bijvoorbeeld vernietigen met instandlating van de rechtsgevolgen (artikel 8:72, derde lid) of vernietigen en zelf in de zaak voorzien (artikel 8:72, vierde lid), wordt daarvan vooral de laatste jaren in toenemende mate gebruik gemaakt. Dit komt onder meer tot uitdrukking door een wijziging in de jurisprudentie waar het de toepassing van beide instrumenten betreft. In de jurisprudentie werd lange tijd aangenomen dat de rechter slechts zelf in de zaak kon voorzien, indien er rechtens nog maar één besluit mogelijk is.²⁶ Door het ontbreken van een keuzevrijheid van het bestuur in een dergelijk geval staat de bevoegdheidsverdeling tussen rechter en bestuur er niet aan in de weg dat eerstgenoemde bepaalt dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan. Inmiddels geeft de rechtspraak blijk van een ruimhartiger gebruik van de mogelijkheden tot het in stand laten van de rechtsgevolgen en het zelf in de zaak voorzien. Bovendien geeft de Afdeling het signaal dat het op de weg van de rechter ligt om bij een vernietiging steeds te bezien of finale geschillenbeslechting in de rede ligt:

‘Ingeval een besluit wordt vernietigd, dient de rechtbank de mogelijkheden van finale beslechting van het geschil te onderzoeken, waarbij onder meer aan

²⁵ Zie hierover onder meer: J.E.M. Polak, ‘Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten’, *NTB* 2011/1-2, p. 2-9.

²⁶ Zie onder meer ABRvS 6 februari 2001, *AB* 2001/149 m.nt. De Gier.

de orde is of er aanleiding is om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 26 maart 2008 in zaak nr. 200705490/1), is voor het in stand laten van de rechtsgevolgen niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is. In een geval als het onderhavige, waarin een besluit wegens het ontbreken van een deugdelijke belangenafweging is vernietigd, kan er, mede gelet op de beleidsvrijheid waarover het bestuursorgaan beschikt, uit een oogpunt van proceseconomie aanleiding zijn om de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten indien het bestuursorgaan vasthoudt aan zijn besluit en alsnog de vereiste belangenafweging heeft gemaakt en de andere partijen zich daarover in voldoende mate hebben kunnen uitlaten. Daarbij is beslissend of de inhoud van het vernietigde besluit na de alsnog kenbaar gemaakte belangenafweging de rechterlijke toets kan doorstaan'.²⁷

Ook in het geval het gaat om vernietigen en zelf in de zaak voorzien wordt een soepeler benadering gekozen die er op neerkomt dat voor het aanwenden van deze bevoegdheid niet altijd is vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is.²⁸ Deze ontwikkelingen laten zien dat het streven naar finaliteit een belangrijke plaats inneemt in de rechterlijke oordeelsvorming en dat er meer ruimte wordt genomen om aan de behoefte aan definitieve geschillenbeslechting tegemoet te komen.

Verskillende ontwikkelingen op het niveau van de wetgever ondersteunen dit streven naar finaliteit. Het meest in het oogspringend is wellicht de op 1 januari 2010 in werking getreden Wet bestuurlijke lus. Deze wet geeft de bestuursrechter de mogelijkheid om bij geconstateerde gebreken in het bestreden besluit, het bestuur bij tussenuitspraak in de gelegenheid te stellen (artikel 8:51a, eerste lid, Awb), dan wel op te dragen (artikel 46, zesde lid respectievelijk artikel 49, zesde lid, Wet op de Raad van State) om dat gebrek te herstellen. Indien het bestuursorgaan overgaat tot herstel van het gebrek, deelt het de rechter zo spoedig mogelijk schriftelijke mede op welke wijze het gebrek is hersteld (artikel 8:51b, tweede lid, Awb). Nadat partijen de gelegenheid hebben gehad schriftelijke hun zienswijze naar voren te brengen op de wijze waarop dat gebrek is hersteld, doet de rechter een einduitspraak. De verwachting is dat daarmee in veel gevallen het tussen partijen bestaande geschil finaal kan worden beslecht. Overigens passen ook andere maatregelen in recente wetgeving in het streven naar meer finale

²⁷ ABRvS 10 december 2008, *JB* 2009/39.

²⁸ ABRvS 11 februari 2009, *AB* 2009/224 m.nt. Ortlep.

geschillenbeslechting. In het bijzonder noemen wij ook in dit verband de hiervoor reeds besproken verruiming van de mogelijkheid tot het passeren van gebreken in artikel 1.5 van de Crisis- en herstelwet, die met het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht Awb-breed zal worden doorgevoerd.

2.4 Snelheid

2.4.1 Inleiding

Een derde thema in de recente ontwikkelingen op het terrein van het bestuursprocesrecht lijkt te kunnen worden omschreven als de behoefte aan versnelling van de bestuurlijke besluitvorming met in begrip van de rol van de rechter daarbij. Het gebrek aan snelheid in de uitvoering van overheidsprojecten wordt een deel toegeschreven aan de te lange duur van bestuursrechtelijke procedures. Nu is het maar de vraag of het een juiste reactie is om de oorzaak van de problemen in de uitvoering te zoeken aan de achterkant, dat wil zeggen: in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Tegelijkertijd moeten we erkennen dat de bestuursrechtspraak op het punt van de snelheid nog steeds niet goed scoort. In het Jaarverslag 2009 van De Rechtspraak wordt vastgesteld dat de doorlooptijden van de bestuursrechtsectoren van de rechtbanken over de hele linie ver zijn verwijderd van de door De Rechtspraak gestelde doorlooptijden – één jaar (bestuur regulier en rijksbelastingen) of negen maanden (vreemdelingen en lokale belastingen) – en dat er op dit punt vrijwel geen progressie is geboekt vergeleken met 2008.²⁹ Zoals Widdershoven constateert, vallen de bestuursrechtsectoren daarmee uit de toon vergeleken met de kantonsectoren, de strafsectoren en de familiesectoren, die de doorlooptijden wel halen, en ook vergeleken met de handelssectoren van de rechtbanken die minder ver zijn verwijderd van hun norm.³⁰ De belastingkamers van de gerechtshoven deden in 2009 maar 30% van hun zaken binnen één jaar af. Voor wat betreft het CBb en de CRvB valt uit genoemd Jaarverslag af te leiden dat de gemiddelde lengte van de procedure 80 respectievelijk 77 weken bedraagt.³¹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State steekt hierbij positief af.

Veel ontwikkelingen in de bestuursprocesrechtelijke wetgeving zijn terug te voeren op de behoefte aan snelheid. Welbeschouwd gaat het hierbij om een tweetal

²⁹ De Rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2009*, Den Haag 2010, p. 16.

³⁰ R.J.G.M. Widdershoven, 'Cassatie in bestuursrechtspraak?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: BJu 2010, p. 276.

³¹ De Rechtspraak, *Jaarverslag Rechtspraak 2009*, Den Haag 2010, p. 64-65.

categorieën van maatregelen. Enerzijds zijn veel ontwikkelingen in de wetgeving er op gericht een versnelling te bereiken binnen de bestuursrechtelijke procedure. Anderzijds worden maatregelen genomen of zijn er maatregelen in voorbereiding die (mede) tot doel hebben om het aantal beroepen op de bestuursrechter terug te dringen en op die manier bij te dragen aan de snelheid in de uitvoering van overheidsbesluiten. Beide categorieën zullen hieronder nader worden toegelicht.

2.4.2 Versnelling van procedures

Verschillende maatregelen die de laatste periode zijn getroffen in wetgeving beogen een versnelling te realiseren binnen de bestuursrechtelijke procedure. Zo kan worden gewezen op de per 1 oktober 2009 in werking getreden Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen. Deze wet voorziet in de eerste plaats in een regeling in paragraaf 4.1.3.2 Awb waarbij het bestuursorgaan een dwangsom verbeurt voor het niet tijdig nemen van een beschikking op aanvraag vanaf de dag waarop twee weken zijn verstreken na de dag waarop de termijn voor het geven van de beschikking is verstreken en het bestuursorgaan door de aanvraag in gebreke is gesteld. In de tweede plaats voorziet de wet in Afdeling 8.2.4A Awb in een mogelijkheid om tegen het niet tijdig nemen van een besluit direct – dat wil zeggen: in voorkomend geval met overslaan van een bezwaarschrift-procedure – beroep op de rechter in te stellen. De rechter doet in beginsel met toepassing van artikel 8:54 Awb – dat wil zeggen: buiten zitting – uitspraak binnen acht weken.

Juist ook de Crisis- en herstelwet bevat maatregelen die gericht zijn op een versnelling van procedures. Zo bepaalt artikel 1.6, eerste lid, van die wet dat de administratieve rechter het beroep behandelt met toepassing van afdeling 8.2.3 Awb – dat wil zeggen: een versnelde behandeling. Bovendien wordt in artikel 1.6, tweede lid, bepaald dat in afwijking van artikel 6:6 Awb het beroep niet-ontvanke-lijk is, indien niet is voldaan aan artikel 6:5, eerste lid, onder d van die wet. Dat wil zeggen dat er in procedures onder de Crisis- en herstelwet geen herstel-mogelijkheid buiten de beroepstermijn bestaat als het beroepschrift niet de gronden van het beroep bevat. Met andere woorden: een pro-forma beroep is in deze procedures niet mogelijk. In het derde lid van artikel 1.6 van de Crisis- en herstelwet wordt vervolgens bepaald dat als het nodig is om voor de afdoening van de zaak de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB) om een des-kundigenadvies te vragen, de Stichting dit advies binnen twee maanden na het verzoek uitbrengt. Dat de rechter tot snelheid wordt gemaand in de afdoening van dit soort zaken blijkt ten slotte in het bijzonder uit het bepaalde in artikel 1.6, vierde lid, Crisis- en herstelwet: de administratieve rechter doet uitspraak

binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn.

Dat versnelling in de bestuursrechtelijke rechtsgang een belangrijk aandachtspunt vormt in het justitiebeleid voor de komende jaren, mag ook blijken uit de brief die de Minister van Justitie op 21 januari 2010 aan de Tweede Kamer stuurde.³² Daarin meldt de minister dat tijdigheid van besluitvorming (van zowel het bestuur als de rechter) centraal staat in het project 'Versnelling besluitvorming in het ruimtelijk domein' dat hij samen met zijn ambtgenoten van Verkeer en Waterstaat; Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer; Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft opgezet. Voorts is van belang dat de minister laat weten dat hij bij het vraagstuk van de versnelling ook het vraagstuk van rechtspraak in één of in twee feitelijke instanties betreft: 'Als de waarde van de "herkansing" niet (langer) opweegt tegen de extra doorlooptijd die daarmee gemoeid is, kan dit aanleiding zijn om voor bepaalde categorieën zaken het terugbrengen van twee instanties naar één te overwegen dan wel het instellen van hoger beroep aan een verlot te binden'. Er wordt dus in alle opzichten nagedacht over een versnelling in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, in de zin dat het streven is gericht op het terugdringen van de gemiddelde doorlooptijden van bestuursrechtelijke zaken.

2.4.3 Terugdringen van het aantal zaken

Met dit streven nauw verwant zijn de maatregelen die (mede) zijn gericht op het terugdringen van het aantal beroepen bij de bestuursrechters. Zo is in de Crisis- en herstelwet in artikel 1.4 een bepaling opgenomen die inhoudt dat decentrale overheden en tot die overheden behorende bestuursorganen geen beroep kunnen instellen tegen een besluit, indien dat besluit niet is gericht tot die rechtspersoon of tot een orgaan van die rechtspersoon, onderscheidenlijk tot dat bestuursorgaan of tot de rechtspersoon waartoe dat bestuursorgaan behoort. Zo heeft de Afdeling het beroep van de gemeente Kerkrade, de gemeenteraad van de gemeente Kerkrade en het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Kerkrade niet-ontvankelijk verklaard in hun beroep tegen het inpassingsplan 'Provinciaal inpassingsplan Buitenring Parkstad Limburg'.³³ Wat men hiervan ook moge vinden, duidelijk lijkt te zijn dat artikel 1.4 Crisis- en herstelwet tot doel heeft om bepaalde beroepen buiten de bestuursrechtelijke deur te houden.

³² *Kamerstukken II* 2009/10, 30 585, nr. 28.

³³ ABRvS 1 april 2011, *AB* 2011/108 m.nt. Nijmeijer.

Hoewel van een iets andere orde, zou ook het relativiteitsvereiste uit artikel 1.9 Crisis- en herstelwet kunnen worden gezien als een maatregel die mede tot doel heeft om de werklast voor de rechter te verlichten. Niet zozeer door bepaalde type appellanten geheel buiten de deur te houden, zoals het geval is met artikel 1.4 Crisis- en herstelwet, maar door bepaalde beroepsgronden buiten behandeling te laten als de daarmee ingeroepen rechtsregel niet beoogt het belang van betrokkene te beschermen. Het relativiteitsvereiste wordt verondersteld een effectief instrument te zijn bij het bestrijden van oneigenlijk gebruik van procesrecht en zou leiden tot een lastenverlichting aan de zijde van het bestuur en de rechter.

Een voorgestelde en zeer ingrijpende maatregel die (mede) tot doel heeft het aantal beroepen bij de bestuursrechter terug te dringen is de verhoging van het griffierecht in bestuursrechtelijke procedures. Dit voorstel vloeit voort uit het regeerakkoord waarin het voornemen wordt geuit om de rechtspraak in 2013 te doen bekostigen door degenen die daarvan gebruik maken.³⁴ Deze maatregel volgt direct uit het in het kader van de Brede Heroverweging (BHO) opgestelde rapport 15: 'Veiligheid en terrorisme'. Op pagina 32 van dat rapport wordt voorgesteld:

'De rechtspraak zou geheel bekostigd kunnen worden door degenen die daar gebruik van maken, althans de rechtspraak die daarvoor in aanmerking komt (niet strafzaken, kinderrechtzaken en asielzaken). Dat kan door de griffierechten zo hoog te maken, dat de rechtspraak daarmee gefinancierd wordt, dit leidt tot meer dan een verdubbeling van € 125 naar € 285 per zaak. Zulk een forse verhoging zal vaker leiden tot de keus om wegens de kosten maar geen procedure meer te starten – getaxeerd wordt dat er 15-20% minder procedures gestart zullen worden. Doordat er minder rechtzaken komen, leidt dat tot een kostenbesparing van € 115 miljoen. De extra griffierechten brengen zo'n € 225 miljoen aan inkomsten op.'

De gedachte is derhalve om ten aanzien van de griffierechten het profijtbeginsel toe te passen, dat wil zeggen dat de rechtspraak wordt bekostigd door degenen die daar gebruik van maken. De passage uit genoemd rapport laat echter zien dat er ook nog een tweede ratio meespeelt: de verwachting is dat het hanteren van het profijtbeginsel daarenboven zal leiden tot een afname van het aantal procedures. Ook deze (voorgestelde) maatregel lijkt te moeten worden gezien in de context

³⁴ Zie Bijlage bij het Regeerakkoord 'Vrijheid en verantwoordelijkheid' van CDA en VVD 2010, p. 6, nr. 7.

van de behoefte om de snelheid in het afdoen van het totaal aantal zaken te verhogen.

2.5 Recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht nader beschouwd

2.5.1 Wordt de oplossing terecht aan de achterkant van het probleem gezocht?

Met veel van de recente ontwikkelingen wordt gereageerd op het in de politiek en – breder – in de samenleving bestaande ongenoegen over de lange duur van de bestuurlijke besluitvormingsprocedures. Verschillende (voorgestelde) maatregelen zien op een versnelling van de rechterlijke procedures. Onder snelheid dient in dit verband zowel te worden verstaan een beoogde bekorting van de doorlooptijden als het terugdringen van het aantal zaken. Uiteraard moet de bestuursrechtspraak het vanuit haar verantwoordelijkheid ook als haar taak zien een bijdrage te leveren aan versnelling van de procedures door geschillen die aan haar zijn voorgelegd, zo snel mogelijk en binnen de mogelijkheden van de wet finaal te beslechten. Dat neemt niet weg dat de vraag rijst of het logisch en juist is om de oplossing voor trage en onzorgvuldige bestuurlijke besluitvorming vooral in de rechterlijke procedure te zoeken.

Uit het rapport van de Commissie Versnelling besluitvorming infrastructurele projecten (Commissie Elverding) wordt duidelijk dat de lange duur van bestuurlijke besluitvormingsprocedures voor een belangrijk deel voortkomt uit factoren die gelegen zijn binnen het bestuur zelf. Veel van die factoren hebben te maken met de voorbereiding van projecten en met de bestuurscultuur. De commissie wijst in dit verband op wat zij noemt bestuurlijke drukte en het gebrek aan bestuurlijke consistentie. Daarnaast wijst zij op het gebrek aan kennis, ervaring en menskracht in de ambtelijke voorbereiding en op het gebrek aan budgettaire ruimte voor de aanleg en de inpassing van grote projecten. Als de problemen die meer in het algemeen worden gesignaleerd in relatie tot het openbaar bestuur de legitimiteit van het overheidsoptreden in toenemende mate onder druk zetten, dan moet het doel van het beroep op de rechter mede in dat licht worden gezien als een nuttig tegenwicht tegen het openbaar bestuur. De politiek-maatschappelijk reactie is echter – paradoxaal – een omgekeerde: juist de toegang tot de rechter wordt ter discussie gesteld en op sommige punten in zekere zin beperkt. Er is op dit punt sprake van een merkwaardige spanning. Het is naar onze mening niet logisch en zelfs onjuist om de oplossing voor trage en onzorgvuldige besluitvormingsprocessen te zoeken in een beperking van de toegang tot de rechter. Toch zijn de pleidooien op dat punt soms vurig.

Zo bepleiten Wientjes en Hermans in een ingezonden brief aan *De Volkskrant*

met klem een beperking van het beroepsrecht van met name belangenorganisaties: 'Wie versnelling wil, ontkomt daarom niet aan beperking van het beroepsrecht tot echte belanghebbenden'.³⁵ Ook de invoering van een relativiteitsvereiste in de Crisis- en herstelwet roept vragen op, met name als dat alleen geschiedt met als doel, zoals het veelzeggende kopje in de memorie van toelichting luidt: 'versnelling besluitvorming en vermindering van juridische risico's'.³⁶ Nu kan men heel goed vanuit principiële overtuigingen over de vraag hoe aan de rechtsbeschermingsgedachte invulling moet worden gegeven, vóór invoering van een relativiteitseis zijn. Als die invoering uitsluitend tot doel heeft een versnelling van besluitvorming en een vermindering van juridische risico's te realiseren, dan plaatsen wij daar echter vraagtekens bij. Dat doen wij a fortiori bij de recente plannen tot substantiële verhoging van het griffierecht. De regering beoogt met het hanteren van het profijtbeginsel niet alleen te bereiken dat de bestuursrecht-spraak kostendekkend zal zijn, maar ook dat zulks zal leiden tot een afname van het aantal procedures.

Een dergelijke eenzijdige focus op snelheid baart zorgen. Nu haasten wij ons om te zeggen dat het ook in het belang van een goede rechtsbescherming is dat de toegang tot de rechter niet dichtslibt en dat er dus een goede balans wordt gevonden tussen te veel en te weinig.³⁷ Maar de politiek-maatschappelijke teneur is een andere: er is een probleem in de uitvoering en dat probleem wordt voor een belangrijk deel veroorzaakt door de rechter. Maar waar ligt nu precies het probleem? Als besluitvormingsprocedures te lang duren, ligt het dan zo voor de hand om de oplossing vooral aan de achterkant – in de rechterlijke procedure – te zoeken of zou eerst en vooral moeten worden gekeken naar het functioneren van politiek-bestuurlijke besluitvormingsprocedures?³⁸ Die vragen worden naar ons oordeel in het politiek-maatschappelijke debat te weinig gesteld. Wat bovendien opvalt is dat de stellingnamen niet worden gestoeld op empirische gegevens over de mate waarin de voorgestelde maatregelen daadwerkelijk enig effect zullen sorteren.

³⁵ Bernhard Wientjes & Loek Hermans, 'Stop de bevoorrechtiging van milieuorganisaties', in De Volkskrant van 22 oktober 2009.

³⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 2.

³⁷ Aldus ook de titel van het preadvies van Schueler voor de Vereniging voor Bouwrecht, zie B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtsspraak', in: B.J. Schueler, B.J. Van Ettehoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht*, (Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009.

³⁸ Zie in die zin ook de reactie van Pieter Winsemius 'Werkgevers doen aan stemmingmakerij' in de Volkskrant van 30 oktober 2009 op de oproep van Wientjes & Hermans.

2.5.2 Versnelling van procedures en het tekort aan empirische gegevens³⁹

Veel van de maatregelen die beogen bij te dragen aan een verhoging van de snelheid van de rechtspleging in het bestuursrecht, roepen de vraag op naar een deugdelijke feitelijke grondslag. Het gaat dan om feiten die van belang zijn bij het tot stand brengen van nieuwe wetgeving en die welbeschouwd betrekking hebben op een tweetal vragen die wij als volgt zouden willen formuleren: a) wat is de aard en de omvang van het probleem en b) bestaat er enig causaal verband tussen de voorgestelde maatregel en het beoogde doel?⁴⁰

Als we deze vragen betrekken op het tot stand brengen van nieuwe wetgeving dan moeten we in veel gevallen constateren dat over de antwoorden daarop weinig duidelijkheid bestaat. Zoals Schuyt ruim dertig jaar geleden al opmerkte:⁴¹

‘Als we het wetgevingsproces vergelijken met een fabriek, dan verlaten vele produkten de fabriekspoort zonder dat een garantie kan worden verschaft dat het product bruikbaar is en zal voldoen aan gestelde verwachtingen, effectief en efficiënt zal zijn en geen schadelijke eigenschappen zal vertonen.’

Wij menen dat hetzelfde ook kan worden gezegd over verschillende voorgestelde maatregelen die worden verondersteld effectieve instrumenten te zijn om tot een versnelling van procedures en/of lastenverlichting van bestuur en rechter te leiden. Denk aan de invoering van een relativiteitseis (artikel 1.9 Crisis- en herstelwet), de afschaffing van het beroepsrecht voor decentrale overheden en bestuursorganen (artikel 1.4 Crisis- en herstelwet) en de wens van sommigen tot afschaffing van het collectief actierecht in het omgevingsrecht. Hoeveel weten we in dat opzicht eigenlijk? Is het vaak niet veel meer een argumentatie gestoeld op taxaties, speculaties, veronderstellingen en voorspellingen?

Een mogelijk belangrijke verklaring waarom er in het proces van rechtsvorming zo weinig aandacht bestaat voor empirische gegevens is gelegen in de casusgerichte

³⁹ Dit stuk is grotendeels gebaseerd op paragraaf 5.2 van het preadvies van De Poorter voor de Nederlandse Vereniging voor Bestuursrecht (VAR), zie J.C.A. de Poorter, ‘Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht’, in: J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens & H.J.M. Besselink, *De toegang tot de rechter beperkt* (VAR-reeks 144), Den Haag: BJu 2010.

⁴⁰ Zie hierover uitgebreid J.C.A. de Poorter, ‘Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht’, in: J.C.A. de Poorter, G.T.J.M. Jurgens & H.J.M. Besselink, *De toegang tot de rechter beperkt* (VAR-reeks 144), Den Haag: BJu 2010, par. 5.2.

⁴¹ C.J.M. Schuyt, ‘Problemen van wetgeving’, *Beleid & Maatschappij* 1977/7, p. 186-197.

wijze van argumenteren die juristen eigen is.⁴² Dat geldt in sterke mate voor de rechter, maar toch ook voor de wetgever. De casuspositie is, zoals Vranken het omschrijft,⁴³ bij het tot stand brengen van algemene regels soms zelf reeds het voorwerp van codificatie, maar ook in andere gevallen toch vooral gids en toetssteen. Dat is naar onze mening ook typerend voor de hierboven beschreven maatregelen in het bestuursrecht. De discussie wordt vooral gevoerd vanuit de casuïstiek. Iedereen kent de casus inmiddels wel: de ondernemer die in het verleden met succes met een beroep op overschrijding van luchtkwaliteitseisen opkwam tegen het verlenen van een milieuvergunning aan diens concurrent, het college van burgemeester en wethouders dat ageert tegen een door het college van gedeputeerde staten genomen inpassingsplan, of de belangenorganisatie die een wegverbreding weet tegen te houden. Op zichzelf is er niets mis met een analyse van het probleem vanuit de concrete casus, maar als gevolg van deze insteek komt een bepaald soort argumenten, namelijk die welke het individuele geval overstijgen of in een breder verband plaatsen, niet of nauwelijks in beeld. Want wat zeggen de genoemde voorbeelden ons bijvoorbeeld over de omvang van het probleem? Hoe vaak doet het zich nu daadwerkelijk voor dat er thans een beroepsgrond door de rechter wordt beoordeeld die onder het nieuwe regime buiten beschouwing moet worden gelaten omdat deze niet tevens door een andere appellant naar voren werd gebracht; hoe vaak komt het voor dat het ene bestuursorgaan met succes in rechte opkomt tegen een besluit van een ander orgaan zonder dat er aan de zijde van eerstgenoemde nog andere appellanten met soortgelijke beroepsgronden procederen; hoe vaak komt het voor dat belangenorganisaties in rechte opkomen tegen een bestuursbesluit zonder dat er natuurlijke of rechtspersonen aan hun zijde meeprocederen met soortgelijke beroepsgronden?

Het probleem zit niet alleen in de vraag naar de omvang van het probleem, maar ook in die naar de effectiviteit van de voorgestelde maatregel. Wat weten we bijvoorbeeld over mogelijke (neven)effecten van de invoering van een relativiteitseis? Het komt niet zelden voor dat regels die met de beste bedoelingen zijn uitgevaardigd averechtse effecten hebben omdat de werking ervan vooraf niet goed doordacht is. Zo heeft Schnabel beweerd dat het hierbij niet gaat om incidenten. Volgens hem zijn er honderden voorbeelden van wetten die oorspronkelijk bedoeld zijn om maatschappelijke problemen op te lossen of kansen te bieden, maar die vervolgens nieuwe problemen oproepen of zelfs in

⁴² Zie hierover J.B.M. Vranken, *Asser-Vranken, vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 4-13.

⁴³ J.B.M. Vranken, *Asser-Vranken, vervolg*, Deventer: Kluwer 2005, p. 12.

hun tegendeel gaan verkeren.⁴⁴ Ook bij de invoering van een relativiteitsvereiste zijn dergelijke averechtse effecten niet ondenkbaar. Het is niet onwaarschijnlijk dat de vraag naar wat precies moet worden verstaan onder een door het recht beschermd belang in veel gevallen lastig te beantwoorden is. Dat kost rechters tijd en bovendien zal de acceptatie van het oordeel vanwege de ingewikkeldheid van de rechtsvraag niet meteen heel groot zijn, zodat de beantwoording ervan in een bepaalde richting in veel gevallen – althans in de eerste jaren – aanleiding zal geven tot doorprocederen tot in hoogste instantie. De effectiviteit van een wettelijke regel wordt echter niet alleen bepaald door de mogelijk optredende neveneffecten, maar mede door de mate waarin een dergelijke regel het procedeedrag van burgers weet te beïnvloeden. In welke mate laten belanghebbenden zich door een relativiteitseis afschrikken om een kansloos beroep in te stellen? Als ze toch gewoon beroep instellen kunnen bepaalde beroepsgronden wellicht terzijde worden geschoven, maar de zaak moet wel worden voorbereid, op zitting worden gebracht en er moet toch een uitspraak worden geschreven. Wat is dan nog de werkelijke winst? Ten aanzien van de door sommigen gewenste afschaffing van het beroepsrecht voor belangenorganisaties kunnen soortgelijke opmerkingen worden gemaakt. Bovendien heeft de aanscherping van de jurisprudentie van de Afdeling op het punt van de ideële belangenorganisaties ons geleerd dat dergelijke organisaties zich via creatieve omwegen toch toegang tot de rechter weten te verschaffen.

Zolang we niet voldoende betrouwbare kwantitatieve gegevens hebben over dit soort vragen is het niet meer dan speculatief om te stellen dat invoering van maatregelen als hier beschreven tot een lastenverlichting en een daarmee gepaard gaande versnelling van procedures zal leiden. Een en ander brengt ons wel op een ander aspect van het belang van een deugdelijke feitelijke grondslag van rechtsvorming: een deugdelijke feitelijke grondslag kan met name dan een bijdrage leveren aan de kwaliteit van de rechtsvorming als bij de rechtsvormende beslissing ook uit 'meetbare' motieven wordt gehandeld. De invoering van een relativiteitseis, de beperking van het beroepsrecht van decentrale overheden en bestuursorganen en de wens het collectief actierecht in het omgevingsrecht aan banden te leggen, lijken over het algemeen uit dergelijke meetbare motieven te zijn ingegeven. Het is echter evengoed denkbaar dat dezelfde maatregelen (deels) niet door dergelijke meetbare, maar veeleer door normatieve (ingegeven door een bepaald rechtvaardigheidsgevoel) of symbolische (de wetgever die daadkracht wil tonen ongeacht

⁴⁴ Zie P. Schnabel in diens inleiding in Sociaal Cultureel Planbureau, *Averechtse effecten*, Den Haag 2002, p. 7.

het effect) motieven worden ingegeven.⁴⁵ In die gevallen is empirisch bewijs niet noodzakelijkerwijs doorslaggevend. Desalniettemin laten de gesignaleerde ontwikkelingen wel zien dat in het kader van de rechtsvorming door de wetgever niet zelden onduidelijkheid bestaat over probleemdefinitie, het precieze motief van de voorgestelde maatregel, alsmede over de effectiviteit en te verwachten neveneffecten van de voorgestelde maatregel. In het geval van rechtsvorming bestaat met andere woorden nog vaak een tekort aan empirische kennis om tot een afgewogen beslissing te komen.

3 Wat mag van de bestuursrechtspraak worden verlangd?

3.1 Behoeftte aan een ander denkmodel

De klassieke tweedeling tussen het recours objectief en het recours subjectief biedt tot op zekere hoogte een bruikbaar analytisch kader voor een (zowel intern als extern rechtsvergelijkende) bestudering van verschillende stelsels van procesrecht, maar de vraag rijst of het ook voldoende houvast biedt als ijkpunt voor de verdere ontwikkeling van ons systeem van bestuursprocesrecht. Die aarzeling hangt in de eerste plaats samen met de omstandigheid dat er naar onze mening behoefte bestaat om de betekenis van beide doelstellingen preciezer te duiden in relatie tot ons Nederlands bestuursprocesrecht. Wat bedoelen we met handhaving van het objectieve recht? Niemand zal immers nog menen dat het de taak van de bestuursrechter is om het bestuursbesluit telkens ten volle op rechtmatigheid te toetsen, zelfs als dat voor partijen tot een verslechtering van hun positie zou leiden. Maar is daarmee gezegd dat controle op de rechtmatigheid van het overheidsoptreden op zichzelf in het bestuursprocesrecht in het geheel geen zelfstandige functie meer heeft?⁴⁶ En wat bedoelen we precies als we spreken van de rechtsbeschermingsfunctie? Is individuele rechtsbescherming eigenlijk wel een synoniem voor recours subjectief? Onze aarzeling hangt in de tweede plaats samen met de omstandigheid dat er naar onze indruk aanleiding bestaat om naast de klassieke tweedeling nog andere doelstellingen te onderscheiden.

⁴⁵ Aldus ook R.A.J. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie Tilburg), Den Haag: BJu 2008.

⁴⁶ De toelichting bij de Algemene wet bestuursrecht stelt met zoveel woorden dat handhaving van het objectieve recht niet langer een zelfstandige functie van het bestuursprocesrecht kan zijn, zie *PG Awb II*, p. 174.

Zo zou wellicht van de klassieke functie van handhaving van het objectieve recht kunnen worden onderscheiden de bijdrage die de bestuursrechtspraak – niet door het hele besluit ambtshalve op rechtmatigheid te toetsen, maar door de beslechting van het geschil dat aan hem is voorgelegd – een bijdrage levert aan het in stand houden van het rechtsstatelijk evenwicht. Dit brengt ons op een tweede functie die in de klassieke tweedeling evenmin voldoende is verdisconteerd en die wij zouden willen duiden als geschillenbeslechting. In het Nederlands bestuursprocesrecht – althans in het model zoals dat bij de totstandkoming is neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht – lijkt het doel van de bestuursrechterlijke procedure niet zozeer te worden gezocht in de bescherming van de individuele rechtspositie van de rechtzoekende, maar veeleer in de beslechting van het geschil dat partijen verdeeld houdt. Een derde functie die in het klassieke onderscheid onvermeld blijft, is dat het beslechten van het geschil door de bestuursrechter niet zelden een betekenis heeft die uitstijgt boven het individuele geval: de uitspraak heeft tevens een rechtsvormende waarde. Bevordering van de rechtsontwikkeling en de rechts-eenheid kan naar onze mening eveneens als een zelfstandige doelstelling van het stelsel van bestuursrechtspraak worden beschouwd. In het hiernavolgende zal op elk van deze doelstellingen nader worden ingegaan.

3.2 Geschillenbeslechting

3.2.1. Inzetten op het geschillenbeslechtend vermogen van de bestuursrechtspraak

De taak van de bestuursrechter is primair zorg te dragen voor een gezaghebbende oplossing van het geschil dat burger en bestuur verdeeld houdt. Ook de Algemene wet bestuursrecht lijkt uit te gaan van een procesvariant waarin het bestuursprocesrecht veel meer dan voorheen een adequaat kader behoort te bieden voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en bestuur. Naarmate de focus sterker is gericht op geschillenbeslechting als doel van het bestuursprocesrecht komen er ook andere eisen in beeld, waaraan de bestuursrechtelijke rechtspleging in toenemende mate moet voldoen. De huidige samenleving stelt eisen aan bestuursrechtspraak en daarmee aan de inrichting van het bestuursprocesrecht. Dat moet niet alleen een juridisch hoogstaande en zorgvuldige, met de nodige waarborgen omklede rechtsgang garanderen, maar ook in staat zijn om op andere wijze het goed functioneren van de samenleving te faciliteren: door een snelle en finale wijze van geschillenbeslechting.

De mate waarin de bestuursrechter aan deze verwachtingen beantwoordt bepaalt in belangrijke mate zijn maatschappelijk draagvlak. Dat verklaart wellicht ook waarom er de laatste jaren zoveel aandacht is voor het onderwerp van finale

geschillenbeslechting. Sinds 2007 is er wat betreft het gebruik van het bestaande instrumentarium voor finale afdoening van geschillen, een duidelijke kentering in de rechtspraak te bespeuren. Die kentering heeft vooral te maken met een zich langzaam voltrekkende cultuurwijziging binnen de rechtspraak. Finale geschillenbeslechting heeft voor een belangrijk deel immers te maken met attitude. Rechters zijn zich er steeds meer van bewust geworden dat er van hen bij een gegrond beroep meer mag worden verlangd dan het enkel uitspreken van een vernietiging op de eerste grond die slaagt en dat hun inspanningen er op zijn gericht zoveel mogelijk bij te dragen aan een finale oplossing van het geschil. Naast een wijziging in de attitude van de bestuursrechter, is er recent wetgeving in werking getreden die ook meer effectiviteit van de bestuursrechtelijke procedure beoogt. Denk in dit verband alleen al aan de op 1 januari 2010 in werking getreden Wet bestuurlijke lus.

Het geschillenbeslechtend vermogen van de bestuursrechtspraak is een thema dat reeds dateert van vóór de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht. Ook onder de Wet Arob werd er reeds over dit vraagstuk nagedacht. Het is echter een thema dat ook in de komende jaren de bestuursrechtelijke agenda zal blijven domineren.

3.2.2 Het belang van een optimale benutting van de bestuurlijke voorprocedures

Waar het gaat om geschillenbeslechting in het bestuursrecht hebben bestuur en rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Elk van hen heeft een eigen taak, maar voor de effectiviteit van hun handelen zijn zij op elkaar aangewezen. De wijze waarop die eigen taak van de rechter ten opzichte van het bestuur wordt gedefinieerd staat echter voor een belangrijk deel in de weg aan de effectiviteit van zijn handelen. Dit is een aspect dat reeds door Struycken in zijn reactie op de voorstellen van Loeff werd onderkend. Rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten rukt uiteen, wat tot dan toe verenigd is geweest: de rechtmatigheid wordt in veel gevallen gescheiden van de inhoudelijke waardering van belangen. Het gevolg is dat ook de verantwoordelijkheid voor het resultaat van een procedure wordt gesplitst in een bestuurlijk deel en een juridisch deel. Nu is de bestuursrechter er door de jaren heen tot op zekere hoogte in geslaagd een toetsingskader te ontwikkelen aan de hand waarvan de afweging van belangen in de rechterlijke beoordeling kan worden betrokken. Die beoordeling vindt echter zijn grens in de rechtsstatelijke positie van de bestuursrechter. De rechter kan het bestuur ter verantwoording roepen over de procedurele zorgvuldigheid waarmee het de belangenafweging heeft verricht, maar hij kan zich, en moet zich niet willen uitlaten over de inhoudelijke juistheid van de beleidskeuzen die het bestuur

heeft gemaakt. Dit maakt zichtbaar waarom in nogal wat gevallen de rechterlijke toetsing noodzakelijkerwijs een tamelijk uitwendige beoordeling impliceert en waarom de bestuursrechtspraak vaak een formalistische benadering wordt verweten.

De gebroken verantwoordelijkheid die het gevolg is van rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten heeft ook gevolgen voor de positie van het bestuur in die zin dat er een vertroebeling van verantwoordelijkheden ontstaat. Schueler schrijft in dit verband:

'De rechter heeft het laatste woord, maar laat het bestuurlijke deel voor rekening van het bestuur. Maar het bestuur kan zich te gemakkelijk onttrekken aan de verantwoordelijkheid voor het resultaat door zich bij de rechter te beroepen op de discretionaire ruimte en aan de politiek-bestuurlijke kant te wijzen op de rechterlijke toetsing.'

Hier gaat een dieperliggend probleem achter schuil. Het is het probleem dat Struycken voor ogen had toen hij schreef dat controle door een buiten de administratie staande rechter de 'geest der administratie' zal bederven.⁴⁷ Anders gezegd: behoorlijk bestuur wordt niet bevorderd door van het bestuur een partij in een geschil te maken.⁴⁸ Nu zouden wij daar niet graag de conclusie aan verbinden, zoals Struycken dat in 1912 nog wel deed, dat het belang van bestuursrechtspraak in onze democratische rechtsstaat van de hand moet worden gewezen. Het tegendeel is het geval.⁴⁹ Maar het is wel van belang om de neveneffecten die controle door een onafhankelijke rechter op de bestuurlijke besluitvorming heeft op de houding van het bestuur, te onderkennen en waar mogelijk daaraan tegenwicht te bieden. Door het bestuur partij te maken in een geding wordt een defensieve en ontwijkende bestuursmentaliteit in de hand gewerkt. De mogelijkheid van een procedure voor een onafhankelijke rechter werpt zijn schaduw vooruit en beïnvloedt in zekere zin de houding van het bestuur. Een veelgehoorde klacht over het functioneren van de bezwaarschriftprocedure is bijvoorbeeld dat de focus in de heroverweging, gestimuleerd door het functioneren van een vooral uit juristen bestaande bezwaarschriftencommissie, vooral is gericht op de vraag of het besluit 'judgeproof' is. Meer in het algemeen leidt het tot een zekere mate van risicocalculatie aan de zijde van het bestuur. Dat wordt versterkt doordat de

⁴⁷ A.A.H. Struycken, 'Wenschelijkheid van administratieve rechtspraak hier te lande', *RM* 1912, p. 548.

⁴⁸ Aldus ook B.J. Schueler, 'Hoe ver zat Struycken er naast?', in: W. Hins, A. Nieuwenhuis & J.H. Reestman (red.), *Recht en Reede*, Deventer: Kluwer 2005, p. 138.

⁴⁹ Zie hierover uitvoerig hierna.

focus van het bestuur primair is gericht op het realiseren van bepaalde doelstellingen die het zichzelf heeft gesteld, waardoor zich een eigen dynamiek en een eigen logica ontwikkelen. Constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen worden in deze logica eerder als handicaps beschouwd bij een snelle uitvoering van projecten dan als richtinggevende oriëntatiepunten met intrinsieke waarde. Het leidt ertoe dat overheidsinstellingen hun eigen belang hebben gekregen om na te streven en dat werkt een zekere mate van strategisch gedrag nog meer in de hand.

Tegen de achtergrond van deze analyse is het van belang te benadrukken dat geschillenbeslechting niet een uitsluitende verantwoordelijkheid van de bestuursrechter kan zijn. Geschillenbeslechting begint bij en is primair een verantwoordelijkheid van het bestuur. De rechtsbescherming door de rechter bestrijkt slechts één aspect van het geschil, namelijk de juridische toetsing. De rechter toetst met andere woorden slechts of het bestuur zijn taak als geschillenbeslechter rechtmatig uitoefent.⁵⁰ De bestuurlijke geschillenbeslechting blijft derhalve leidend. Dat kan zijn in de vorm van vooroverleg, een zienswijzenprocedure, een bezwaarschriftprocedure of – in zeldzame gevallen – administratief beroep, maar ook in de vorm van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting, zoals bemiddeling en mediation waarin ook andere waarden dan het recht richtinggevend zijn. Wellicht is door de nadruk op de geschillenbeslechtende functie van de bestuursrechtspraak de aandacht in de doctrine en de wetgeving voor geschillenbeslechting binnen het bestuur afgenomen. Maar de behoefte daaraan is niet verdwenen. Wij menen dat Schueler gelijk heeft waar hij opmerkt dat een optimale benutting van de bestuurlijke voorprocedures, waarbij de rechtmatigheid slechts één van de te beoordelen aspecten is, een voorwaarde is voor de houdbaarheid van bestuursrechtspraak in de samenleving: 'de bestuurlijke voorprocedure behoort geen voorportaal voor de rechtspraak te zijn, de rechtspraak zou een controle op de bestuurlijke voorprocedure moeten zijn'.

3.2.3 De beknellende werking van het besluitbegrip

Het beperkt geschilbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak hangt voor een belangrijk deel ook met een ander aspect samen, namelijk de centrale positie die het besluit in het bestuursprocesrecht inneemt. Het centraal stellen van het besluitbegrip als object van de rechterlijke toetsing maakt het onder omstandigheden moeilijk het gestelde doel – het effectief beslechten van het

⁵⁰ E.J. Daalder & M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul. De vaststelling van de feiten in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2000, p. 214-221.

geschil dat burger en bestuur verdeeld houdt – te bereiken. Dit besluitmodel is onder meer om die reden in de wetenschappelijke literatuur veelvuldig voorwerp van discussie geweest. In het hiernavolgende wordt op de belangrijkste nadelen van het besluitmodel in relatie tot de geschilbeslechtende functie van de bestuurs-rechtspraak ingegaan. Daarbij gaat het ons uitdrukkelijk om het besluitbegrip als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming en niet om het besluit als bestuurs-rechtelijke rechtshandeling in het materiële bestuursrecht. De nadelen die dat besluitbegrip met zich brengt zijn reeds vaker voorwerp van studie geweest. Dat neemt niet weg dat het voor dit onderzoek van belang is die nadelen scherp te benoemen. De evenwichtigheid van de discussie vergt echter ook dat de voordelen van dit besluitmodel onder ogen worden gezien. In Deel II van dit onderzoek gaan we hierop dieper in, maar op deze plaats stippen we de nadelen van het besluitenprocesrecht reeds kort aan.

3.2.3.1 Het besluitbegrip als sluis voor de toegang tot de rechtsbescherming

Toegang tot de bestuursrechter is er alleen als het geschil dat partijen verdeeld houdt betrekking heeft op een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb. In het bestuursrecht bestaan er echter ook geschillen die niet over besluiten gaan, of althans die op het eerste gezicht niet over besluiten *lijken* te gaan. Soms worden dergelijke geschillen toch onder de rechtsmacht van de bestuursrechter gebracht met behulp van een 'strategische' invulling van het besluitbegrip. Te denken valt onder meer aan de jurisprudentie over bestuurlijke rechtsoordelen en die over het zuiver schadebesluit. Het besluitbegrip fungeert als een sluisdeur die door de rechter strategisch kan worden geopend of gesloten om bepaalde typen handelingen het bestuursrecht te laten binnenstromen.⁵¹ In veel gevallen slagen de bestuursrechters er op deze wijze in om tot een goede competentieafbakening met bijvoorbeeld de burgerlijke rechter te komen. Het doet soms echter wat gekunsteld aan om in bijvoorbeeld een kwestie omtrent de toekenning van schadevergoeding een besluit te ontwaren.

Van bepaalde handelingen is op voorhand wel duidelijk dat het geen besluiten zijn, maar rijst de vraag in hoeverre zij kunnen doorwerken in de toetsing van een uiteindelijk genomen bestuursbesluit. Deze vraag doet zich in het bijzonder gevoelen waar het gaat om de inzet van zelfreguleringsinstrumenten, zoals convenanten en normalisatie- en certificatiesystemen. De wijze waarop in de rechtspraak met dit soort instrumenten wordt omgegaan laat zien dat, zoals

⁵¹ De beeldspraak ontleen wij aan R.A.J. van Gestel, 'In de schaduw van het bestuursrecht', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: BJU 2008, p. 108.

Van Gestel opmerkt, het besluitbegrip als exclusieve toegangspoort binnen de Awb mede in relatie tot het systeem van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming wringt met het bestaan van meerszijdige rechtshandelingen met een hybride karakter.⁵² De Waard schreef in dit verband:⁵³ 'In de praktijk van het openbaar bestuur kunnen nog zulke vreemd gevormde aardappelen groeien, de patatsnijder van de juridische procedure maakt er toch standaardvormen van, die voor de rechter hanteerbaar zijn. Daarbij gaat wel iets van hetgeen de onderhandelingspartners zich hadden voorgesteld verloren, maar dat kan nou eenmaal niet anders'. Met het eerste deel van de observatie van De Waard kan worden ingestemd, het tweede deel daarentegen lijkt wat gemakkelijk. Natuurlijk, in de huidige systematiek kan het niet veel anders, maar die systematiek is niet heilig en kan op enig moment ook worden gewijzigd. In het Deel II van het onderzoek gaan we hier nog nader op in.

3.2.3.2 Gefragmenteerd karakter van de geschillenbeslechting

Hiervoor werd reeds opgemerkt dat de rechtsstaatgedachte niet alleen inhoudt dat het openbaar bestuur aan het recht gebonden is, maar ook dat die gebondenheid een principieel andere is dan voor de burger. Het openbaar bestuur is tot handelen in het algemeen belang gelegitimeerd, wanneer het daartoe bij of krachtens de wet uitdrukkelijk een bevoegdheid is toegekend. Het systeem van het Nederlands bestuursrecht is zo, dat die bevoegdheden ook telkens voor specifieke onderwerpen worden toegekend. Dit verklaart het fragmentarisch karakter van het Nederlands bestuursrecht. Indien bepaalde handelingen bij wet worden verboden – behoudens de mogelijkheid van ontheffing – gebeurt dat telkens met het oog op de behartiging van een bepaald publiek deelbelang. De bevoegdheid tot het verlenen van een ontheffing is daarmee dus altijd beperkt tot de behartiging van dat deelbelang. Het bestuursrecht bestaat derhalve uit talrijke regelingen die elk een specifiek deel van het algemeen belang reguleren en die ieder hun eigen specifieke bevoegdheden kennen.

Een burger die een bepaalde feitelijke handeling of een samenstel van feitelijke handelingen wil verrichten zal dus vaak over verschillende op die specifieke wettelijke regelingen gebaseerde ontheffingen dienen te beschikken. Dit gefragmenteerde karakter maakt het bestuursrecht soms ingewikkeld. Zoals De Waard

⁵² R.A.J. van Gestel, 'In de schaduw van het bestuursrecht', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: BJu 2008, p. 147.

⁵³ B.W.N. de Waard, 'De rechter en de onderhandelende overheid', in: M.L.M. Hertogh, N.J.H. Huls & A.C.J.M. Wiltshagen (red.), *Omggaan met de onderhandelende overheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998, p. 199.

en Stroink in 1984 reeds schreven, brengt het uitgangspunt dat de bevoegdheid tot beschikken beperkt is mee, dat wie in het bezit is van een begunstigende beschikking, er niet zeker van kan zijn dat de handelingen die hij op basis daarvan wil verrichten ook werkelijk geoorloofd zijn.⁵⁴ Het kan immers voorkomen dat die handelingen uit anderen hoofde niet zijn toegelaten, bijvoorbeeld omdat op grond van een andere regeling nog een vergunning is vereist.

Dit gefragmenteerde karakter werkt door in de rechtsbescherming, doordat slechts het op basis van een specifieke wettelijke bevoegdheid genomen bestuursbesluit het voorwerp van de toetsing door de bestuursrechter vormt. Het aldus in de procedure voor de bestuursrechter afgebakende geding congrueert veelal niet met het werkelijke geschil dat partijen verdeeld houdt. Dat geschil is vaak veel breder dan dat ene besluit en gaat soms ook over heel andere dingen dan waar de bestuurlijke besluitvorming op ziet of kan zien. Het werkelijke geschil is over het algemeen de feitelijke handeling of het samenstel van feitelijke handelingen die een medeburger verricht of wenst te verrichten en loopt noodgedwongen via de band van verschillende overheidsbesluiten. Denk aan het oprichten van een bedrijf in de nabijheid van een woonwijk, waartegen bewoners van die wijk in verzet komen. Voor het oprichten van het bedrijf zijn niet zelden verschillende besluiten op basis van verschillende regelingen vereist. In het hier gegeven voorbeeld kan worden gedacht aan een wijziging van het planologisch regime, een bouwvergunning, een milieuvergunning en wellicht nog een kapvergunning en aanlegvergunning. Het geschil is echter niet zozeer de kapvergunning, de bouwvergunning of de milieuvergunning. Die besluiten representeren slechts een deel van het werkelijke geschil. Waar het de bewoners om gaat is dat ze eenvoudigweg dat bedrijf niet in hun woonomgeving wensen. Tot voor kort restte hen niet veel anders dan tegen elk van die besluiten afzonderlijk bij de bestuursrechter op te komen. Met de inwerkingtreding van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht is daarin tot op zekere hoogte verandering gekomen. Met deze wet is voorzien in een gecoördineerde omgevingsvergunning, maar van een geïntegreerd belangenafwegingkader is nog geen sprake. Het is ook maar de vraag hoe de rechterlijke toetsing van dit soort omgevingsvergunningen zich zal ontwikkelen.

Het achterliggende geschil in het bestuursrecht is veelal ook een geschil tussen burgers onderling dat via de band van een specifiek overheidsbesluit wordt uit-

⁵⁴ F.A.M. Stroink & B.W.N. de Waard, 'Het specialiteitsbeginsel', in: M.C.B. Burkens & R. Crinice Le Roy, *Burger en overheid* (Steenbeek-bundel), Den Haag: Vuga 1984, p. 232.

gevochten. De vraag die aan de bestuursrechter wordt voorgelegd is daarmee dus niet of de feitelijke handeling die, of het samenstel van feitelijke handelingen dat de ene burger wenst te verrichten een onrechtmatige daad jegens de andere burger oplevert, maar of een bepaald overheidsbesluit dat nodig is voor de realisering van de handeling(en) die de eerstgenoemde burger wenst te verrichten in overeenstemming is met het recht. Dit brengt een zekere fragmentering van het geschil met zich. Of coördinatieregelingen zoals de Wabo aan dit probleem het hoofd kunnen bieden is nog maar de vraag.

3.2.3.3 Beperkte uitspraakbevoegdheden

Het centraal stellen van het besluit als object van rechterlijke toetsing brengt ook een andere beperking aan het licht. Doordat de rechterlijke toetsing is toegesneden op het bestreden besluit is het instrumentarium van de bestuursrechter beperkt. Dat geldt in het bijzonder voor de uitspraakbevoegdheden. In het bestuursrecht is het een bestuursorgaan dat, en niet de rechter die de rechtsbetrekking tussen partijen bindend vaststelt. De rechterlijke functie werd van oorsprong gezien als het toezicht houden op de rechtmatigheid van de uitoefening van aan het bestuur toegekende publiekrechtelijke bevoegdheden. In die gedachte paste het dat de bestuursrechter het besluit toetste aan de objectiefrechtelijke normen die de bevoegdheidsuitoefening normeren. Deze toetsing aan objectiefrechtelijke normen leidt ertoe dat, wanneer deze geschonden blijken het besluit met een werking erga omnes uit de rechtsorde dient te worden genomen. De vernietiging van het bestreden besluit is daarmee het belangrijkste instrument van de bestuursrechter om op te treden tegen onrechtmatig overheidshandelen. In de memorie van toelichting bij de Tweede Tranche van de Awb wordt de centrale rol van de vernietigingsactie met een zekere vanzelfsprekendheid gepresenteerd:⁵⁵ 'Omdat het voorwerp van beroep bij de rechtbank een besluit is, is het vernietigen van het bestreden besluit in beginsel het middel om de door de rechtbank geconstateerde onrechtmatigheid te redresseren'. De bestuursrechter heeft in de Awb weliswaar ook andere uitspraakbevoegdheden zoals het zelf in de zaak voorzien of het toekennen van schadevergoeding, doch die zijn alle afhankelijk van een vernietiging.

Anders dan de burgerlijke rechter stelt de bestuursrechter in beginsel niet zelf de rechtsbetrekking tussen partijen bindend vast, doch toetst hij de rechtsvaststelling zoals die door het bestuursorgaan is verricht op rechtmatigheid. De vordering voor de bestuursrechter strekt dan ook niet primair tot het vaststellen van de rechtsbetrekking tussen partijen, maar tot vernietiging van de door het bestuur

⁵⁵ PG Awb II, p. 470.

verrichte rechtsvaststelling. Dit heeft consequenties voor de wijze waarop de rechterlijke toetsing verloopt. De structuur van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft lange tijd geleid tot een meer op formele totstandkomingseisen van het besluit gerichte wijze van toetsing en minder op de materiële kern van het geschil dat partijen verdeeld houdt. Dit verklaart wellicht waarom het bestuursrecht een kwalificatie aankleeft van technisch, formalistisch, procedureel en weinig daadkrachtig. Dit is niet alleen een kwestie van attitude van de betrokken rechters, maar zit voor een deel ingebakken in het systeem zelf. Het besluitmodel in combinatie met het systeem van vernietigen en door het bestuur opnieuw voorzien werkt tot op zekere hoogte belemmerend bij het recht doen aan de behoefte van partijen aan een beslechting van het geschil dat hen verdeeld houdt. De bestuursrechters zijn zich in de afgelopen jaren steeds meer bewust geworden van de behoefte aan finale geschillenbeslechting en maken een intensiever gebruik van de instrumenten die het bestuursprocesrecht hen daartoe aanreikt. Toch is de inhoud van de gereedschapskist van de bestuursrechter binnen het door het besluitbegrip gedomineerde bestuursprocesrecht in zekere zin beperkt.

Tegen de achtergrond van de toenemende behoefte aan snelheid en finaliteit in de bestuursrechtelijke geschillenbeslechting lijkt een herbezinning op de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter gewenst. Kan de bestuursrechter worden uitgerust met andere instrumenten dan de vernietiging alleen? Om vaker de knoop definitief te kunnen doorhakken in het door partijen aan hem voorgelegde geschil zou de bestuursrechter baat kunnen hebben bij uitspraakbevoegdheden als een gebod, een verbod en een verklaring voor recht. In Deel II van dit onderzoek zal hierop nader worden ingegaan.

3.3 Bijdrage aan het behoud van het rechtsstatelijk evenwicht

3.3.1 Een gezamenlijke verantwoordelijkheid van wetgever, bestuur en rechter

Met de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht is expliciet afstand genomen van de gedachte dat de bestuursrechterlijke toetsing primair dient ter handhaving van het objectieve recht. Nu is het maar de vraag of we ooit wél hebben gedacht dat bestuursrechtspraak een daartoe geschikt instrument is: wellicht was het meer een betwiste veronderstelling dan een beredeneerde keuze.⁵⁶ Inmiddels zullen weinigen het oneens zijn met de opvatting dat de handhaving

⁵⁶ P. Banda, *Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de invloed van de functie van het beroep op de rechter bij de regeling van het administratieve procesrecht* (diss. Tilburg), Zwolle 1989, p. 163.

van het objectieve recht uitsluitend ten dienste van het algemeen belang niet de primaire functie van de bestuursrechtspraak vormt. Nagenoeg niemand zal nog menen dat de bestuursrechter het tot zijn taak dient te rekenen om het aan hem voorgelegde besluit ten volle – en dus ook buiten de door partijen aangevoerde beroepsgronden – op rechtmatigheid te toetsen, zelfs als dit zou leiden tot een reformatio in peius. Daarmee is echter andersom niet gezegd dat de rechterlijke toetsing niet ook andere doeleinden dient dan uitsluitend het belang van de eisende partij(en). Een van die doelen is naar onze mening dat de rechterlijke toetsing van overheidshandelen een belangrijke functie vervult waar het gaat om het bewaken van het rechtsstatelijk evenwicht.

Bij het verwezenlijken en bewaken van de beginselen en uitgangspunten van de democratische rechtsstaat hebben wetgever, bestuur en rechter een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Uiteraard elk vanuit hun eigen taak, maar voor de effectiviteit van hun handelen zijn zij op elkaar aangewezen. Voor de rechter gaat het daarbij om de onafhankelijke en onpartijdige interpretatie en toepassing van wet- en regelgeving en de toetsing van het handelen van het bestuur aan het recht als sluitstuk van de rechtsstatelijkheid. Vanuit het perspectief van checks and balances is de toetsing door de bestuursrechter van grote waarde. Die toetsing wordt weliswaar uitgevoerd ten dienste van de belangen van de aanlegger van het geding, maar heeft aldus wel een controlerende functie op de rechtmatigheid van het bestuurs-optreden. Die controlerende functie heeft een zelfstandige betekenis naast het bieden van rechtsbescherming aan de rechtzoekende. Een betekenis die door verschillende ontwikkelingen in belang lijkt toe te nemen.

3.3.2 Rechterlijke versus democratische controle

Nu is het in ons democratisch-rechtsstatelijk denken niet zonder meer vanzelfsprekend om de bestuursrechter een controlerende functie op het openbaar bestuur toe te dichten. Het vertrekpunt voor de rechterlijke toetsing vormt immers de individuele belangpositie van de aanlegger en niet het algemeen belang dat gemoeid is met een rechtmatige bevoegdheidsuitoefening door het bestuur. Een controlerende functie vanuit het perspectief van het algemeen belang is in onze democratische rechtsstaat voorbehouden aan vertegenwoordigende lichamen, dat wil zeggen aan de Staten-Generaal, de Provinciale Staten en de gemeenteraden. Het bestaan van deze vorm van democratische controle op het bestuursoptreden was voor Struycken destijds een reden om überhaupt de behoefte aan bestuursrechtspraak van de hand te wijzen. De vraag rijst echter in hoeverre in de praktijk daadwerkelijk sprake is van een zodanige democratische controle op de besluitvorming door het bestuur als waarop Struycken het oog

had. In de gedachtegang van Struycken wreekt zich dat onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende vormen van bestuursoptreden. Bij een analyse van de taak en mogelijkheden van een gekozen vertegenwoordiging om op de rechtsschepping van de bestuursorganen toe te zien, maakt het verschil of we spreken van zogenaamd macro- of microbestuur.⁵⁷ Zoals Van der Hoeven opmerkt pleegt juist dit laatste – zeker in grotere gemeenschappen en op nationaal niveau – in overwegende mate in handen te zijn van ambtenaren, die veelal bovendien de daarbij te volgen gedragslijnen voorbereiden, formuleren en interpreteren:

‘Ook wanneer zij dit alles doen naar beste weten en met de beste en meest integere bedoelingen (en wij gaan ervan uit dat zulks het geval is), vormen zij toch een bureaucratisch apparaat, weliswaar met de kwaliteiten die dat meebrengt, maar tevens met de ondoorzichtigheid, de tradities (of sleur), de routinematigheid, en met de identificatie door haar leden met de macht die zij vertegenwoordigen, met de charme ook van de uitoefening van die macht.’⁵⁸

Als het gaat om microbestuur is de democratische controle zeer beperkt.

In zoverre moeten we voorzichtig zijn al te snel aan te nemen dat met een tweedeling tussen enerzijds het ordenend bestuursrecht en anderzijds de andere delen van het bestuursrecht, het bestuursrecht in een democratische rechtsstaat werkelijk adequaat is beschreven.⁵⁹ Het ordenende bestuursrecht, zo beschreef Loeb in zijn NJV-preadvis uit 1997 – richt zich tot bestuursorganen met een eigen politiek mandaat en voorziet in een scala van met een grote mate van beoordelings- en/of beleidsvrijheid uit te oefenen bevoegdheden.⁶⁰ Door de veelsoortige en veelal tegenstrijdige deelbelangen van het algemeen belang, groepsbelangen en individuele belangen heeft het bestuur hier steeds een politieke component die vrijwel ontbreekt in het fiscale bestuursrecht en in het sociaal-zekerheidsrecht, omdat de politieke besluitvorming daar in de wetgeving is

⁵⁷ Vgl. B.J. Schueler, ‘Hoe ver zat Struycken er naast?’, in: W. Hins, A. Nieuwenhuis & J.H. Reestman (red.), *Recht en Reede*, Deventer: Kluwer 2005, p. 136.

⁵⁸ J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 138-139.

⁵⁹ Aldus ook E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De waarde van rechtspraak in een staatsbestel in verandering’, in: R.M. van Male e.a. (red.), *De Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 322.

⁶⁰ R.W.L. Loeb, ‘Appèl op maat’, in: R.W.L. Loeb, H.F. van den Haak & J.G. de Vries Robbé, *Beroep in herziening* (Handelingen NJV 1997-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 7.

neergelegd.⁶¹ De grondgedachte achter deze schematisering is staatsrechtelijke van aard.⁶²

'(...) waar het gaat om de waardering van tegengestelde belangen ten opzichte van elkaar, is in beginsel het democratische gelegitimeerd politieke inzicht maatgevend; de rechter moet zich dan beperken tot een toetsing van zorgvuldigheid en redelijkheid. Waar echter de wetgever zich over de betrokken belangen heeft uitgesproken, is de rechter geroepen zijn rechten-beschermende taak onverkort te vervullen.'

In deze staatsrechtelijke benadering harmonieert de rechterlijke onafhankelijkheid met het gezag van de democratisch politieke wilsvorming. De vraag is of deze benadering in alle opzichten recht doet aan de bestuursrechtelijke praktijk. Daarin blijkt de besluitvorming in concreto immers nauwelijks politiek te worden aangestuurd, maar vooral het resultaat te zijn van een professioneel-ambtelijke beoordeling. Uiteraard hoort daar bij dat ambtenaren kunnen en daadwerkelijk willen aanvaarden dat de richting van het beleid door politiek verantwoordelijken wordt bepaald en kan worden gewijzigd. Het loslaten echter van de gedachte van politieke zeggenschap over het nemen van concrete besluiten ter uitoefening van discretionaire bevoegdheden leidt tot het inzicht dat er meer is in de bestuursrechtelijke beslissingen dan recht en politiek. Het gaat hier om wat Snellen noemt de technische rationaliteit.⁶³ Het gaat bij bepaalde typen besluitvorming – denk aan de ruimtelijke ordening, het milieurecht, maar ook mededingingsrecht en mediarecht – vooral om de onafhankelijke vaststelling van feiten en belangen. En die technische rationaliteit blijkt wel degelijk toetsbaar door de rechter. Bij bepaalde verzelfstandigde onderdelen van de overheid – te denken valt aan de rol van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het terrein van het mededingingsrecht – is de politieke dimensie in de besluitvorming nog maar beperkt aanwezig.

Waar het echter gaat om de politieke rationaliteit hebben we een dogmatiek ontwikkeld die als vertrekpunt hanteert het respect van de rechter en het bestuur voor elkaars bevoegdheden en staatsrechtelijke functies. De rechter stelt zich in de

⁶¹ Aldus R.W.L. Loeb, 'Appel op maat', in: R.W.L. Loeb, H.F. van den Haak & J.G. de Vries Robbé, *Beroep in herziening* (Handelingen NJV 1997-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 9.

⁶² Aldus E.M.H. Hirsch Ballin, 'De waarde van rechtspraak in een staatsbestel in verandering', in: R.M. van Male e.a. (red.), *De Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 323.

⁶³ I.Th.M. Snellen, *Boeiend en geboeid, Ambivalenties en ambities in de bestuurskunde* (oratie Tilburg), Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987.

beoordeling van de uitoefening van beleidsvrijheid enigszins terughoudend op. Dat wil niet zeggen dat er sprake is van een 'rechtsvrije' ruimte voor het bestuur. De rechter toetst de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door het bestuur wel degelijk aan bijvoorbeeld algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De indringendheid van de rechterlijke toetsing van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid hangt voor een deel samen met het functioneren van de democratisch-politieke controle. In Duitsland bijvoorbeeld kent men een lange rechtsculturele traditie die heeft bijgedragen aan een sterke legitimatie van de bestuursrechter ten opzichte van het bestuur. Van belang is daarbij dat de administratieve rechtspraak in Duitsland ingevolge de rechtsstaatgedachte tot stand kwam als reactie op het vorstenabsolutisme en uit angst voor machtsmisbruik en mede was ingegeven door het feit dat de democratisch-politieke controle van vorst en bestuur onder de maat bleef.⁶⁴ Widdershoven heeft er op gewezen dat men dit verband binnen Europa ook op omgekeerd wijze – namelijk dat een tamelijk terughoudende bestuursrechtspraak gecombineerd wordt met een traditioneel goed ontwikkelde democratische controle – tegenkomt en wijs daarbij op Engeland.⁶⁵ De bestuursrechtspraak is in Engeland pas laat tot ontwikkeling gekomen. Bovendien bewaart de Engelse rechter bij zijn toetsing van bestuursbesluiten nogal grote afstand tot de inhoud ervan en moet hij bijvoorbeeld weinig hebben van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Discretionaire bestuursbesluiten worden inhoudelijk in het algemeen slechts onderworpen aan de *unreasonableness*-toets: is het besluit 'so unreasonable that no reasonable public body could have made it?'⁶⁶ Een belangrijke oorzaak voor het ontbreken van een sterke bestuursrechtspraakcultuur wordt veelal gezocht in de sterke democratische traditie in Engeland.⁶⁷ De *supremacy of Parliament* vormt een belangrijk staatsrechtelijke dogma.

Verregaande conclusies mogen aan bovenstaande constatering niet worden verbonden. Dat neemt niet weg dat er toch wel enig verband lijkt te bestaan tussen de controle van het bestuur door de rechter en de controle door demo-

⁶⁴ Vgl. R.J.N. Schlössels, 'Bestuurlijke vrijheden en toetsing', in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa & A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu uitgevers 1999, p. 110.

⁶⁵ R.J.G.M. Widdershoven, 'Indringendheid van rechterlijke toetsing', in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa & A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu 1999, p. 116.

⁶⁶ Zie onder meer: F.A.M. Stroink, 'Judicial control of the administrations discretionary powers (le bilan executive - juge administrative)', in: R. Bakker, A.W. Heringa, F.A.M. Stroink (red.), *Judicial control, Comparative essays on judicial review*, Antwerpen-Apeldoorn: MAKLU uitgevers 1995, p. 90-92.

⁶⁷ T. Koomans, *Juridische grensverkenningen* (Oratie Utrecht), Deventer: Tjeenk Willink 1998.

cratisch-politieke organen. Zoals Widdershoven optekent lijken beide vormen van controle zich tot elkaar te verhouden als communicerende vaten, waarbij de intensiteit van de rechterlijke controle toeneemt naarmate de democratisch-politieke controle zwakker is, en omgekeerd.⁶⁸ Wat betekent dit nu voor Nederland? Widdershoven merkt hierover op:

'Een dergelijk verband ziet men ook in Nederland. In het verzuilde Nederland tot pakweg de jaren zestig was de band tussen kiezer en gekozenen – en daarmee democratische controle op het bestuur – nog tamelijk onproblematisch en de bestuursrechtspraak kwam dan ook nauwelijks tot ontwikkeling. Nederland bevond zich als het ware in het Engelse kamp. De daarop volgende jaren zestig, zeventig en tachtig werden gekenmerkt door een groeiend wantrouwen in de politiek en een crisis in de relatie tussen kiezer en gekozene. In reactie hierop kwam in Nederland de bestuursrechtspraak in relatief korte tijd tot grote bloei en Nederland kwam op dit punt meer en meer in het Duitse kamp terecht.'⁶⁹

Hoewel deze analyse van Widdershoven dateert van 1999 blijken zijn constatering in de kern opmerkelijk actueel. In het eerste decennium van de 21e eeuw lijkt het vertrouwen in het functioneren van democratie bepaald niet te zijn toegenomen. Ook overigens zijn er factoren in het functioneren van de overheid zelf die tot gevolg hebben dat er een groeiende behoefte bestaat aan een sterke bestuursrechtspraak.

3.3.3 De rechter en de afnemende legitimiteit van het overheidsoptreden

Van verschillende zijden wordt er de laatste jaren op gewezen dat enkele ontwikkelingen binnen de overheid ertoe hebben geleid dat de legitimiteit van het bestuursoptreden is afgenomen. Zo constateert de Commissie Elverding in haar advies 'Sneller en beter' dat de ambtelijke voorbereiding van bestuursbesluiten op een aantal punten sterk te wensen overlaat.⁷⁰ Zij constateert bijvoorbeeld dat er vaak te weinig kennis, ervaring en menskracht is om de besluitvorming soepel te laten verlopen. In de praktijk uit zich dat onder andere in een tekort aan

⁶⁸ R.J.G.M. Widdershoven, 'Indringendheid van rechterlijke toetsing', in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa & A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu 1999, p. 116.

⁶⁹ R.J.G.M. Widdershoven, 'Indringendheid van rechterlijke toetsing', in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa & A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu 1999, p. 116-117.

⁷⁰ Advies van de Commissie versnelling besluitvorming infrastructurele projecten, *Sneller en beter*, april 2008.

juridische en andere deskundigheid. Het past bij eerdere constatering dat er sprake is van een verlies van een wezenlijk element van professionaliteit bij politici, bestuurders en ambtenaren, namelijk democratisch en rechtsstatelijk besef.⁷¹ Dit element versterkt een andere ontwikkeling die door Tjeenk Willink wordt omschreven als de dominantie van de bureaucratisch-bedrijfsmatige logica binnen het openbaar bestuur. Daarmee is sterk de nadruk komen te liggen op de overheid als bedrijf met managers, producten en klanten. Deze bedrijfsmatige oriëntatie heeft echter consequenties voor het functioneren van de democratische rechtsstaat. Zij levert immers geen inhoudelijke ijkpunten voor het beleid op en leidt ook tot afname van de aandacht voor de eisen die de rechtsstaat aan het ambtelijk handelen stelt en de rol die deze eisen zouden moeten spelen in de bestuurlijke besluitvorming. De bedrijfsmatige benadering heeft haar eigen dynamiek met haar eigen sturingsmogelijkheden en eigen logica. Constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen worden in deze logica eerder als handicaps beschouwd bij een snelle uitvoering van projecten dan als richtinggevende oriëntatiepunten met intrinsieke waarde. Het leidt ertoe dat overheidsinstellingen hun eigen belang hebben gekregen om na te streven, hun eigen targets hebben om te realiseren. Zoals Foqué opmerkt:⁷²

‘Managerial thinking plaatst het recht vaak in de rol van de bevoorrechte leverancier van instrumenten ter uitvoering van het management. Onder instrumentalisme versta ik dan ook de opvatting die de betekenis van het recht, haast restloos, identificeert met de bruikbaarheid ervan in de uitvoering van bedrijfsmatige keuzes. Dat betekent dat het risico levensgroot wordt dat het recht zijn inherente waardenoriëntaties verliest. (...) Het recht mag die inherente waardenoriëntaties niet kwijtraken doordat het louter bekeken wordt als een vergaarbak van managementinstrumenten.’

Uit deze beschouwingen doemt een beeld op dat de betekenis van constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen als ijkpunt voor de bestuurlijke besluitvorming in sterke mate afneemt. Het is tegen die achtergrond niet zo vreemd dat niet zelden een beroep op de rechter wordt gedaan om het handelen van de

⁷¹ Aldus H.D. Tjeenk Willink, ‘Professionaliteit van de rechter in de veranderde democratische rechtsstaat. Enige reflecties naar aanleiding van het bos van Schinveld’, in: *Mijnheer de voorzitter...* (Van Delden-bundel), Den Haag: BJu 2007, p. 4.

⁷² R. Foqué, ‘De actualiteit van Montesquieus staatkundig erfgoed’, in: *Stoelendansen om de macht. Verslag van de conferentie over de trias politica op 27 januari 2006*, Den Haag: Tweede Kamer der Staten-Generaal 2006, p. 22.

overheid te toetsen aan de waarden die belichaamd behoren te zijn in wet- en regelgeving. De toegang tot de rechter wint daarmee aan betekenis waar het gaat om het in stand houden van het rechtsstatelijk evenwicht.

De rechterlijke controle achteraf op de bestuurlijke besluitvorming lijkt daarmee aan betekenis te winnen. Nu mag van de rechter op dit punt ook weer niet teveel worden verwacht. Al was het maar omdat hij altijd afhankelijk is van een zaak die aan hem wordt voorgelegd en van de wijze waarop dat door partijen processueel geschiedt. Nog belangrijker echter is dat de rechterlijke controle naar haar aard beperkt is, omdat zij slechts betrekking heeft op één aspect van de bestuurlijke besluitvorming: de rechtmatigheid ervan. Overigens geldt ook voor de democratische controle door vertegenwoordigende organen dat zij een zekere beperktheid in zich draagt. Zoals Van der Hoeven opmerkt is al reeds lang bekend dat democratische controle door een gekozen vertegenwoordiging van politieke en niet van bestuurlijke aard is en dat hij aldus geschiedt vanuit politieke oogmerken en inzichten en niet vanuit bestuurlijke.⁷³ Democratische controle en rechterlijke controle hebben aldus ieder vanuit hun eigen functie een gezamenlijke verantwoordelijkheid in het bewaken van de rechtsstatelijkheid van het bestuurs-optreden. Als de problemen die worden gesignaleerd in relatie tot het openbaar bestuur inderdaad de legitimiteit van het overheidsoptreden onder druk zetten dan dient het doel van de toegang tot de bestuursrechter dus ook mede in dat licht worden gezien. De rechterlijke controle op de bestuurlijke besluitvorming dient aldus het rechtsstatelijk model van checks and balances.

3.3.4 Doelstelling of neveneffect?

Algemeen zal worden erkend dat voor het stelsel van bestuursprocesrecht – dat immers uit de aard der zaak dienstbaar is aan het geldend maken van aan het materiële recht ontleende aanspraken – geldt dat haar toepassing bijdraagt aan wat we hiervoor hebben genoemd bewaken van het rechtsstatelijke evenwicht. Maar is dat laatste slechts een neveneffect of is het meer dan dat en moet het worden gezien als een zelfstandige doelstelling van de bestuursrechtspraak? Deze vraag maakt duidelijk dat het noodzakelijk is nog preciezer te formuleren wat we nu verstaan onder 'het leveren van een bijdrage aan het bewaken van het rechtsstatelijk evenwicht'.

⁷³ J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 138.

Het antwoord daarop zou kunnen worden gevonden op twee te onderscheiden niveaus. In de eerste plaats zou – meer in abstracto – kunnen worden gezegd dat het ontstaan van beroep op een onafhankelijke rechter bijdraagt aan het vertrouwen van de rechtsgemeenschap in het functioneren van het democratisch-rechtsstatelijk systeem als zodanig. De mogelijkheid van beroep op een onafhankelijke rechter heeft bovendien een zekere preventieve werking jegens het bestuur, in de zin dat zij haar schaduw vooruit werpt op de inhoud van de bestuurlijke besluitvorming. Er wordt in dit verband wel gesproken van de 'legitimerende werking van de bestuursrechtspraak'. Die legitimerende werking treedt, zo is wel betoogd, meer op de voorgrond naarmate het legitimerende vermogen van het politiek-democratische systeem afneemt.⁷⁴ In de woorden van de Commissie-Deetman: 'Waar de burger onvoldoende vertrouwen heeft in de kwaliteit van wetgeving en bestuur, hebben de organen van rechtspleging – huns ondanks – mede tot taak gekregen het vertrouwen van de burger in de democratische rechtsstaat te handhaven'.⁷⁵ Hoezeer met deze constatering ook kan worden ingestemd, toch is de algemene notie dat bestuursrechtspraak betekenis heeft voor de aanvaarding van het overheidsgezag ons nog te vaag om richting te geven aan het denken over doel en functie van de bestuursrechtspraak. Zoals Schreuder-Vlasblom terecht heeft opgemerkt roept deze omschrijving associaties op met de controle-optiek van het recours objectif, maar is een dergelijk stelsel van rechtspraak niet noodzakelijk voor de legitimerende werking op dit niveau. Ook een meer langs de lijnen van het recours subjectif opgezette bestuursrechtspraak kent jurisprudentievorming met de daaraan verbonden algemene werking, evenals de preventieve werking die uitgaan van de mogelijkheid van het instellen van beroep.⁷⁶

Wij denken bij het bewaken van het rechtsstatelijk evenwicht meer op het niveau van concrete besluiten en individuele burgers en wij zien het belang ervan primair niet als een neveneffect dat van rechterlijke toetsing uitgaat, maar als een doel dat wel degelijk richtinggevend kan zijn voor de inrichting van het bestuursprocesrecht. In zijn uitwerking is het bijdragen aan het bewaken van

⁷⁴ Vgl. onder meer M.C. Burkens & F.A.M. Stroink, 'Sociale verzorgingsstaat en consensuele besluitvorming', *NJB* 1980, p. 743 e.v.

⁷⁵ Rapport van de Bijzondere Commissie Vraagpunten, *Kamerstukken II* 1990/91, 21 427, nr. 3, p. 6.

⁷⁶ Vgl. ook de interessante beschouwingen over de legitimerende werking van de bestuursrechtspraak in M. Schreuder-Vlasblom, 'Heroriëntatie bestuursrechtspraak', in: D. Allewijn, P. Nicolai & M. Schreuder-Vlasblom, *Het nieuwe bestuursprocesrecht* (VAR-reeks 112), Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 47.

het rechtsstatelijk evenwicht als doel van bestuursrechtspraak betrokken op het beginsel van rechtmatigheid van bestuur. Het bestuur is bij zijn handelen gebonden aan het recht en de bestuursrechtspraak strekt er in deze visie mede toe dat het bestuur gehouden wordt aan zijn gebondenheid aan het recht. Naarmate het rechtssysteem, zoals thans het geval lijkt, meer tendeert in de richting van een recours subjectief wordt een zekere spanning zichtbaar met deze functie van bestuursrechtspraak. Een spanning die is terug te voeren op het onderscheid tussen de gebondenheid van het bestuur aan het objectieve recht enerzijds en de formulering van de voorwaarden waaronder een burger een aanspraak heeft op inachtneming van dat objectieve recht anderzijds. Nu is deze spanning voor ons geen reden om te zeggen dat het recours subjectief zonder meer van de hand te wijzen. Wel is het zo dat naarmate die spanning groter wordt, er binnen een naar subjectivering tenderend systeem ook andersoortige waarborgen nodig zijn of blijven.

Zoals wij hiervoor reeds tot uitdrukking hebben gebracht zouden wij niet willen pleiten voor een stelsel van bestuursprocesrecht waarbij de rechter zonder meer de gehele rechtsbetrekking tussen burger en bestuur beoordeeld door – waar nodig: ambtshalve – het gehele besluit aan een rechtmatigheidstoets te onderwerpen. Dit past niet bij de aard en het wezen van de rechtspraak en zou hem bovendien te kwetsbaar maken door een toename van de werkbelasting. Daar komt bij, zoals Schueler schrijft, dat de toegenomen complexiteit van het recht een zekere mate van rechtsonzekerheid met zich brengt die het steeds moeilijker maakt om gegarandeerd rechtmatig te besluiten: 'Juridische fouten zijn een onvermijdelijk bijproduct van het openbaar bestuur geworden'.⁷⁷ Deze omstandigheid draagt er toe bij dat objectieve rechtmatigheidscontrole, los van concreet geraakte belangen, in beginsel niet vanzelfsprekend is.

Hoewel wij een volledig vanuit de controle-optiek van het recours objectief vormgegeven model van de hand wijzen, neemt zulks niet weg dat in de discussie over de vormgeving van het bestuursprocesrecht telkens moet worden betrokken dat de rechter een rol speelt waar het gaat om het bewaken van het rechtsstatelijke evenwicht en dat die rol belangrijker wordt naarmate de legitimiteit van het bestuursoptreden onder druk komt te staan. Wat betekent dit concreet voor de inrichting van het bestuursprocesrecht? In de eerste plaats impliceert deze functie van bestuursrechtspraak dat met vanuit dit oogpunt gezien grote risico's verbonden

⁷⁷ B.J. Schueler, 'De burger en de bestuursrechter' (lezing tijdens de jaarlijkse 'Dag van de Raad' bij de Raad van State), n.n.g.

zijn aan maatregelen die een rigoureuze kwantitatieve beperking van de toegang tot de rechter beogen of tot gevolg zullen hebben. Wij denken daarbij aan de in het regeerakkoord in het vooruitzicht gestelde substantiële verhoging van de griffiegelden die moet leiden tot een kostendeekkende rechtspraak en die naar verwachting een sterke daling van het aantal inkomende zaken tot gevolg zal hebben. In de tweede plaats is bij een verdergaande subjectivering van het bestuursprocesrecht voorzichtigheid geboden met het al te enthousiast snoeien van onderdelen die primair worden gezien als passend bij de controle-optiek van het recours objectief. Wij denken in dit verband in het bijzonder aan het beroepsrecht voor belangenorganisaties als bedoeld in artikel 1:2, derde lid, Awb. In het verleden zijn deze belangenorganisaties wel aangeduid als een bestuursrechtelijk openbaar ministerie en daarmee als een controle-instrument dat niet goed past in verdergaande ontwikkeling naar een recours subjectief.⁷⁸ Zo waarschuwen sommigen voor het ontstaan van niet democratisch gelegitimeerde 'pseudo-overheden' en voor politisering van de rechtspraak.⁷⁹ Wij menen dat juist deze belangenorganisaties een nuttige functie vervullen als countervailing power, als een tegenwicht tegen het openbaar bestuur en dat het collectieve actierecht daardoor ook bij een verdergaande subjectivering van het procesrecht moet worden behouden.

Ten slotte vragen wij op deze plaats aandacht voor een mogelijk derde element in de inrichting van het bestuursprocesrecht. In een procesmodel waarin partijen worden gezien als autonome rechtssubjecten die uitsluitend voor hun eigen belang opkomen en niet voor het algemeen belang van handhaving van het objectieve recht, is het denkbaar dat een bijzonder instrument wordt geïntroduceerd waaraan de bevoegdheid wordt verleend om zich in bijzondere gevallen – gedacht kan worden aan zaken waarin de naleving van bepaalde fundamentele normen of algemene constitutionele beginselen aan de orde is – in het geding als partij te voegen. We denken hierbij aan een figuur die te vergelijken is met de uit de Duitse Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bekende 'Vertreter des öffentlichen Interesse' en die in elk geding de gelegenheid krijgt om zich te uiten (§ 35 II VwGO). In dat kader kan hij meedelen dat hij zich als partij in het geding voegt, waarmee hij de status van 'Beteiligte' in de zin van § 63 VwGO verkrijgt en als zodanig stukken in het geding kan brengen en ook bepaalde vorderingen kan

⁷⁸ Aldus: J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat: beschouwingen over de tweewegenleer* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 309.

⁷⁹ A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, s-Gravenhage: Vuga 1997, p. 218-219.

stellen.⁸⁰ De met de Wet aanpassing bestuursprocesrecht beoogde introductie van een advocaat-generaal in bestuursrechtelijke geschillen voor de hoogste bestuursrechters zou een daarvoor geschikt instrument kunnen zijn. Wij komen hierop in een later hoofdstuk nog uitvoeriger terug.

3.4 Bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid

3.4.1 De rechtsvormende taak van de bestuursrechter

Rechters die geschillen beslechten doen vaak meer dan het beschermen van belangen van betrokken partijen. Niet zelden stijgt de betekenis van hun uitspraken uit boven het individuele geval: ze hebben tevens rechtsvormende waarde. Het is nauwelijks meer in geschil dat de rechter – en dat geldt ook voor de bestuursrechter – een rechtsvormende taak heeft. Dat geldt in het bijzonder voor de hoogste nationale rechters en internationale rechterlijke colleges als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Ofschoon, zoals Asser e.a. opmerken, de manier waarop en de mate waarin deze colleges hun rechtsvormende taak vervullen, verschilt en meer dan eens ook wrevel oproept, is het feit dát ze rechtsvormend bezig zijn niet in discussie.⁸¹ Sterker nog, de bijdrage van de rechter aan de ontwikkeling van het recht is in een moderne maatschappij tot op zekere hoogte onmisbaar geworden. Dit is een gezichtspunt dat nadrukkelijk moet worden betrokken bij het beantwoorden van de vraag waar de bestuursrechter in de komende jaren op moet inzetten. Het scherpt ons in dat procederen niet alleen een kwaad is dat zoveel mogelijk moet worden vermeden, maar dat procederen ook creatieve, rechtsvormende aspecten heeft die in een moderne maatschappij niet gemist kunnen worden.⁸²

Ook de bestuursrechter heeft een rechtsvormende taak. Het proces van rechtsvinding door de rechter is klassiek opgebouwd uit een drietal elementen: feit, regel en beslissing. In veel gevallen – in de literatuur wordt gesproken van zogenaamde gemakkelijke gevallen⁸³ – verloopt deze confrontatie als een syllogistische

⁸⁰ Zie hierover B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht 2001: rechtsvergelijking bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2001, p. 117-118. Zie ook A.T. Marseille, K.J. de Graaf & A.J.H. Smit, *Ruimte voor rechtsvorming*, Den Haag: BJu 2007, p. 65 e.v.

⁸¹ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003, p. 37-38.

⁸² Vgl. W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003, p. 38.

⁸³ Vranken introduceerde een typologie van zogenaamde makkelijke en moeilijke gevallen in: J.B.M. Vranken, *Asser-Vranken*, Deventer: Kluwer 1995, hoofdstuk IV.

redenering.⁸⁴ De beslissing volgt uit de confrontatie van het voorliggende feitencomplex met de op dat feitencomplex toegesneden rechtsregel. Hoewel dat in veel gevallen wellicht ook inderdaad een beeld van de juridische werkelijkheid representeert, kan de rechterlijke beslissing in lang niet alle gevallen worden gekwalificeerd als een syllogistische noodzakelijkheid. Dat geldt voor het privaatrecht, maar ook voor het bestuursrecht. Ook rechterlijke rechtsvinding door de bestuursrechter voltrekt zich niet altijd in een syllogistische redenering waarbij de rechter door subsumptie van de vastgestelde feiten onder de regel zonder meer tot zijn beslissing komt. Ook in het bestuursrecht gaat het lang niet alleen om 'gemakkelijke gevallen'. De bestuursrechter treedt niet louter op als 'la bouche qui prononce la loi', maar veeleer als 'la bouche qui prononce le droit'; een rechter die er niet voor terugdeinst om, als het moet en zonder zich te laten leiden door subjectieve overtuigingen, het bestaande recht te hervormen, of nieuw recht te creëren.⁸⁵ Dit autonome, creatieve element in de rechtspraak zal in bepaalde gevallen prominenter aanwezig zijn dan in andere. Hiermee is overigens nog niet gezegd dat rechtsvorming door de bestuursrechter niet wordt getekend door de eigen aard van het bestuursrecht. Een belangrijke karakteristiek in het bestuursrecht vormt het gegeven dat rechtsvorming door de bestuursrechter in beginsel steeds plaatsvindt via de band van een overheidsbesluit. Anders dan de burgerlijke rechter stelt de bestuursrechter de rechtsbetrekking tussen partijen in de regel niet zelf bindend vast. Het is in beginsel het bestuursbesluit dat de rechtsverhouding tussen partijen vaststelt. De rechter beoordeelt de rechtmatigheid van dit besluit, wanneer zijn oordeel daarover wordt gevraagd. Hier openbaart zich wel enig verschil met het privaatrecht waarvan de oorzaak met name is gelegen in de dominantie van het legaliteitsbeginsel.⁸⁶

In de eerste plaats leidt het legaliteitsvereiste ertoe dat de aard van het regelenstelsel in het bestuursrecht een andere is dan in het privaatrecht. Dit vindt zijn grondslag in gebondenheid van het bestuur aan het recht die een principieel andere is dan voor de burger: de burger is vrij zijn doelen en middelen te kiezen,

⁸⁴ Vgl. W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel. Veertig jaar later* (Beginselen van Belgisch Privaatrecht I), Mechelen: Kluwer 2010, p. 261.

⁸⁵ Vgl. W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel. Veertig jaar later* (Beginselen van Belgisch Privaatrecht I), Mechelen: Kluwer 2010, p. 224.

⁸⁶ Zie hierover heel uitvoerig: J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter. Over grenzen van de rechtsvormende taak, rechterlijke dialogen en de Grondwet', in: A. Kristic, A. Meuwese & G. Van der Schyff (red.), *Functie en betekenis van de Grondwet. Een dialogisch perspectief* (preadviezen voor de Staatsrechtconferentie), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

voor zover het recht hem dit niet verbiedt; het bestuur is onvrij, tenzij door het recht bevoegd verklaard. Centraal staat in het bestuursrecht daardoor het toekennen van bevoegdheden aan het bestuur om in het kader van de behartiging van het algemeen belang besluiten te nemen en het stellen van rechtsregels die de uitoefening van deze bevoegdheden normeert. Dit heeft tot gevolg dat de regeldichtheid in het bestuursrecht relatief groot is. Wettelijke normen, zowel in wetgeving in formele zin, in algemene maatregelen van bestuur, ministeriële besluiten, als in decentrale regelingen, en in beleid neergelegde regels bieden de bestuursrechter vaak een uitgewerkt toetsingskader. Daar zit wel enig verschil met het werkterrein van de burgerlijke rechter, die het niet zelden moet doen met een norm als 'redelijkheid en billijkheid' en 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'.⁸⁷

Een andere consequentie van de legaliteits eis is dat in het bestuursrecht niet primair de bestuursrechter, maar veeleer het bestuursorgaan rechtsvormer is. Het is het bestuursorgaan dat met het nemen van een besluit de rechtsbetrekking tussen betrokken partijen fixeert. Nu betekent dit laatste geenszins dat de rechter in een individueel geval in zijn proces van rechtsvinding gebonden is aan de wijze waarop dat bestuursorgaan het recht heeft toegepast op het voorliggende feitencomplex. Integendeel, het is de taak van de rechter om de wijze waarop het bestuursorgaan van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid gebruik heeft gemaakt te toetsen aan het geldend recht. Dat neemt niet weg dat waar het bestuursorgaan door de wetgever enige beleidsvrijheid is gelaten, zulks wel degelijk gevolgen kan hebben voor de rechtsvormende taak van de bestuursrechter. Als in artikel 8.10, eerste lid, Wet milieubeheer wordt bepaald dat de milieuvergunning slechts kan worden geweigerd in het belang van de bescherming van het milieu, dan is het primair aan het bestuur om aan die norm invulling te geven. De rechter zal voor de door het bestuur gekozen uitleg niet zijn eigen oordeel in de plaats stellen. Dat wil niet zeggen dat er geen rechterlijke toetsing plaats kan vinden; heel vaak verloopt de rechterlijke beoordeling via de band van het door het bestuur op dit punt gevoerde beleid. Maar ook dan geldt dat de rechter in beginsel

⁸⁷ Dat neemt niet weg dat ook in het bestuursrecht onduidelijkheid kan bestaan over de uitleg van bepaalde van die normen of dat de vraag kan rijzen hoe een dergelijke norm zich verhoudt tot hoger recht, zoals de in de Grondwet verankerde grondrechten, het Europese of internationale recht. Neem als voorbeeld de SGP-zaak. Dat de bestuursrechter aan rechtsvorming doet, is overigens niet iets van de laatste jaren. Zo wordt het bestuursoptreden bijvoorbeeld in hoge mate genormeerd door algemene beginselen van behoorlijk bestuur die alle in de afgelopen decennia als ongeschreven rechtsbeginselen tot ontwikkeling zijn gebracht in de rechtspraak op het terrein van het bestuursrecht.

slechts beoordeeld of het gevoerd beleid binnen de kaders van wet- en regelgeving blijft en niet kennelijk onredelijk is.

De door het legaliteitsbeginsel gedomineerde structuur van het bestuursrecht heeft ook op andere wijze nog gevolgen voor de rechtsvormende taak van de bestuursrechter. De vordering voor de bestuursrechter strekt niet primair tot het vaststellen van de rechtsbetrekking tussen partijen, maar tot vernietiging van de door het bestuur verrichte rechtsvaststelling. Dit heeft consequenties voor de wijze waarop de rechterlijke toetsing verloopt en daarmee ook voor de rechtsvormende taak van de rechter. Het is in het bestuursrecht in de eerste plaats aan het bestuursorgaan om te beoordelen óf het rechtsfeit zich heeft voorgedaan en óf dat tot gevolg heeft dat het rechtsgevolg in werking treedt. Het gaat voor de bestuursrechter niet om de materiële juistheid van de feitelijke grondslag van het besluit *ex nunc*, maar om de vraag of het besluit op onrechtmatige grondslag genomen werd, op de informatie waarover het bestuursorgaan toen beschikte of bij naleving van alle zorgvuldigheidsverplichtingen redelijkerwijs had kunnen beschikken.⁸⁸ Dit maakt dat de bestuursrechter in het kader van de toetsing van het bestreden besluit veelal niet in plaats van het bestuursorgaan zelf de feiten vaststelt, maar volstaat met een min of meer uitwendige beoordeling die veelal uitmondt in een motiverings- of zorgvuldigheidsoordeel. Als gevolg van deze min of meer afstandelijke beoordeling van de feitelijke grondslag van het besluit voltrekt zich hier een bijzondere wisselwerking tussen recht en feit. Als de bestuursrechter zich geconfronteerd ziet met een gemotiveerde betwisting die leidt tot reële twijfel aan de juistheid van de feitelijke grondslag van het besluit, zal hij soms toch niet in staat zijn de rechtsbetrekking tussen partijen bindend vast te stellen op grond van de op dit geval toegesneden rechtsnorm, maar zal hij zijn toevlucht moeten zoeken tot een andere rechtsnorm – zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel – die aan zijn onzekerheid omtrent die rechtsbetrekking voldoende uitdrukking geeft. De structuur van het bestuursrecht heeft in de praktijk geleid tot een meer op formele totstandkomingsisen van het besluit gerichte wijze van toetsing en minder op de materiële kern van het geschil dat partijen verdeeld houdt. In sommige gevallen staat dit het doen van een rechtsvormende uitspraak in de weg. Desalniettemin kan moeilijk worden gezegd dat de bestuursrechter niet aan rechtsvorming doet. Integendeel ook op het terrein van het bestuursrecht zijn voldoende voorbeelden die getuigen van creatieve rechtspraak.

⁸⁸ Zie Schreuder-Vlasblom in haar annotatie onder ABRvS 19 augustus 1999, *AB* 1999/403.

In zijn preadvies voor de Staatsrechtconferentie wijst De Poorter er op dat er zelfs omstandigheden aanwijsbaar zijn die een meer autonome bestuursrechtspraak in de hand werken.⁸⁹

Een *eerste* factor die daarbij van betekenis is, is de invloed van het Europese en internationale recht. Deze maakt dat de nationale rechter, ook de bestuursrechter, gehouden is om in een individueel geval nationale wet- of regelgeving die hij in strijd oordeelt met het Europese recht, terzijde te schuiven. Daarnaast heeft de doorwerking van het Europese en internationale recht in onze nationale rechtsorde een zeker emancipatoir effect gehad op de rechtspraak. Waar een mogelijkheid van rechterlijke toetsing van wetgeving in formele zin aan de Grondwet ingevolge artikel 120 Grondwet ontbreekt, daar heeft de toetsing aan het Europese recht de Nederlandse rechter vertrouwd gemaakt met de gedachte dat hij een nationale rechtsbron, in het bijzonder een wet in formele zin, ter zijde kan schuiven wegens strijd met hoger recht. Daar komt nog bij – zo merken Van Gerven en Lierman treffend op⁹⁰ – ‘dat de Europese hoven en gerechten makkelijk een beroep doen op algemene rechtsbeginselen (bijvoorbeeld inzake adequate rechtsbescherming en eerlijke procesvoering: artikel 6 en 13 EVRM waarnaar ook het Hof van Justitie verwijst) waardoor de toon nog meer wordt gezet voor een, nu ook door de nationale rechter overgenomen vrijere rechtsvinding’.

Een *tweede* factor is gelegen in ontwikkelingen op het niveau van de wetgever zelf. In de literatuur is er reeds veelvuldig op gewezen dat het gebruik van vage normen, vage begrippen of het verwijzen naar ongeschreven rechtsbeginselen de normatieve waarde van de wet doet afnemen en de rechter in een positie brengt waarbij hij veeleer zelf op zoek dient te gaan naar de waardeoriëntaties die in de toepassing van de wet tot uitdrukking dienen te worden gebracht. Ook op het terrein van het bestuursrecht wordt de rechter hiermee geconfronteerd.

Rechterlijk activisme hangt in sterke mate samen met de veranderde functie van wetgeving. In sommige gevallen wordt daarmee gereageerd op een terugtrek van de wetgever zoals hiervoor beschreven, soms echter ook – wanneer de wet wordt gehanteerd als beleidsinstrument – op een teveel aan wetgeving. Overigens is het niet onmogelijk dat beide ontwikkelingen op dezelfde of gelijksoortige grondoorzaken kunnen worden teruggebracht. Op het terrein van het bestuursrecht

⁸⁹ J.C.A. de Poorter, ‘Rechtsvorming door de bestuursrechter. Over grenzen van de rechtsvormende taak, rechterlijke dialogen en de Grondwet’, in: A. Kristic, A. Meuwese & G. Van der Schyff (red.), *Functie en betekenis van de Grondwet. Een dialogisch perspectief* (preadviezen voor de Staatsrechtconferentie), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

⁹⁰ W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel. Veertig jaar later* (Beginselen van Belgisch Privaatrecht I), Mechelen: Kluwer 2010, p. 231.

worden we de laatste jaren in hoog tempo geconfronteerd met nieuwe wettelijke regelingen en wijzigingen van bestaande. Het omgevingsrecht lijdt in sterke mate onder een permanente veranderingsdruk. Als voorbeelden kan worden genoemd de Wet milieubeheer, de Wet ruimtelijke ordening, de Tracéwet en de Woningwet. Deze wetten worden de laatste tien á vijftien jaren voortdurend veranderd, waarbij het beslist niet gaat om kleine onbeduidende of wetstechnische aanpassingen. Daarnaast wordt het bestuursrecht de laatste jaren geconfronteerd met nieuwe wetgeving en wetsvoorstellen, waarmee de wetgever reageert op – wat hij ziet als – te trage en stroperige besluitvorming, met inbegrip van de rol die de rechter daarin speelt. Deze permanente veranderings- en vernieuwingsdruk heeft een zekere 'vluchtigheid' van regels tot gevolg. Als gevolg van deze voortdurende wijzigingen neemt de waarde van eerder gevormde rechtspraak sterk af en zal de bestuursrechter zich in toenemende mate geconfronteerd zien met nieuwe rechtsvragen die een voor de praktijk richtinggevende uitspraak behoeven. Het gevolg is niet alleen dat de rechter vaker voor nog onbeantwoorde rechtsvragen komt te staan. Wij hebben de indruk dat deze ontwikkelingen ook een verandering in zijn attitude tot gevolg hebben. De onzekerheid aan de zijde van bestuur en burgers over wat het geldend recht inhoudt, maakt dat de rechter zich in zijn functie-uitoefening meer bewust is van zijn taak de rechtspraktijk voldoende handvatten te geven.

Dit brengt ons bij een *derde factor*: ook de bestuursrechtspraak zelf werkt mee aan een verschuiving naar een meer autonome wijze van rechtsvinding. Verschillende elementen spelen daarbij een rol, maar één ervan willen wij hier in het bijzonder benoemen. Een belangrijke tendens in de bestuursrechtspraak van de laatste jaren is het streven naar meer finale geschillenbeslechting. De behoefte aan finaliteit leidt langzaam maar zeker tot een veranderende attitude van de bestuursrechter. Waar hij zich voorheen al snel beperkte tot een min of meer uitwendige beoordeling van het bestreden besluit, daar heeft hij thans veeleer de neiging door te pakken tot de materiële kern van het geschil. Die uitwendige beoordeling resulteerde over het algemeen in een vernietiging wegens strijd met het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel. Aan een uitleg van de achterliggende materieelrechtelijke rechtsnorm kwam hij dan niet toe. Dat lijkt nu te veranderen, waardoor de bestuursrechter veel meer in de positie wordt gebracht het bestaande materiële recht uit te leggen, te hervormen en waar nodig nieuw recht te creëren.

3.4.2 Gedeelde verantwoordelijkheid: nauwe verwevenheid rechtsvorming en rechtseenheid

We kunnen zeggen dat ook in het bestuursrecht de rechter een belangrijke rechtsvormende taak heeft. Die rechtsvormende taak is het meest pregnant bij de hoogste rechterlijke colleges. In het bestuursrecht doet zich hier de bijzonderheid voor

dat de rechtsprekende macht niet is georganiseerd in een piramidaal model, maar dat er verschillende hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges zijn. Op het terrein van het bestuursrecht zijn er naast de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als algemene hoogste bestuursrechter, de belastingkamer van de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁹¹ Uiteraard dragen die alle een eigen verantwoordelijkheid voor de functionele deelgebieden waarop zij recht spreken. Maar daarbuiten – op het terrein van bijvoorbeeld het algemeen bestuursrecht en bestuursprocesrecht – bestaat er voor wat betreft de rechtsontwikkeling een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Van een gedeelde verantwoordelijkheid is a fortiori sprake als het gaat om vraagstukken die zich bevinden op het snijvlak van het bestuursrecht en het burgerlijk recht en op dat van het bestuursrecht en het strafrecht. Op die terreinen is er immers geen sprake van een exclusieve bevoegdheid van de bestuursrechters gezamenlijk, maar van een gedeelde verantwoordelijkheid van de bestuursrechtelijke kolom met de civielrechtelijk en de strafrechtelijke kolom.

Deze gedeelde verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling maakt ook duidelijk dat rechtsontwikkeling op het niveau van de hoogste bestuursrechters nauw verweven is met het belang van het bewaken van de rechtseenheid. Eenheid, gelijkheid en voorspelbaarheid van rechtspraak zijn belangrijk. Uiteraard dient de rechtspraak mee te evolueren met maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen, en recht te doen aan specifieke aspecten van het desbetreffende rechtsgebied en aan specifieke omstandigheden van het voorliggende geval. Dat neemt niet weg dat, zoals Kapteyn het ooit formuleerde, met de belangen die zijn gemoeid met rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid niet te lichtvaardig mag worden omgesprongen: 'Integendeel, zij wegen zwaar, zo zwaar dat van een rechter mag worden verlangd dat hij ze bij zijn oordeelsvorming voorop stelt'.⁹² Met deze constatering is gegeven dat voor de rechtstoepassing en de, daarmee gepaard gaande, rechtsinterpretatie en rechtsvorming door de onderscheiden bestuursrechters onderlinge coördinatie en afstemming van groot belang is.

⁹¹ En welbeschouwd dient aan dit lijstje te worden toegevoegd het Gerechtshof Leeuwarden waar het gaat om geschillen op basis van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv), ofwel de Lex Mulder.

⁹² P.J.G. Kapteyn, 'Vormen van samenwerking tussen rechters: de Afdeling rechtspraak', *NJB* 1989/23, p. 1648-1649.

In veel gevallen vindt die coördinatie van rechtspraak spontaan plaats. Het gaat dan om de talrijke zaken waarin een rechterlijk college zich, zonder tot (in)formele raadpleging over te gaan, aansluit bij de rechtspraak van een ander college. Als er sprake is van een gevestigde jurisprudentie van de ene hoogste bestuursrechter, ligt het voor de hand dat de andere daarbij in beginsel aansluit wanneer dezelfde rechtsvraag aan de orde is in vergelijkbare omstandigheden, en dat in de overwegingen ook nadrukkelijk op die aansluiting wordt gewezen. De hoogste bestuursrechter doet dat steeds vaker. Een goed voorbeeld vormt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 16 juli 2010,⁹³ waarin de Afdeling op het punt van de maning van griffierechten overweegt dat zij omwille van de rechtseenheid welke gebaat is bij een uniforme toepassing van eenzelfde regeling door de verschillende bestuursrechters, aanleiding ziet haar praktijk aan te passen aan die van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Vermeldenswaard is ook het arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 24 december 2010,⁹⁴ waarin de Hoge Raad, onder verwijzing naar de jurisprudentie van de andere hoogste bestuursrechters, het daar aan de orde zijnde bevoegdheidsgebrek in het kader van de bezwaarschrift-procedure herstelbaar achtte. Niet alleen wanneer wordt aangesloten bij gevestigde jurisprudentie van andere colleges, maar ook wanneer daarvan wordt afgeweken, zou zulks in de motivering van de uitspraak tot uitdrukking moeten worden gebracht. Niet alleen de rechtseenheid, maar ook de rechtsontwikkeling is daarmee gediend.⁹⁵

Coördinatie tussen hoogste rechterlijke colleges met het doel om ten aanzien van collegeoverstijgende vraagstukken de jurisprudentie onderling af te stemmen vindt in verschillende vormen en gremia plaats.⁹⁶ Soms vormt de samenstelling van de zetel reeds een indicatie van afstemming, wanneer daarbij gebruik is gemaakt van personele unies tussen de (plaatsvervangende) leden van de bij de afstemming betrokken colleges. De bij het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuurs-

⁹³ ABRvS 16 juli 2010, *LJN* BN2122, *AB* 2010/209 m.nt. Ortlep, *JB* 2010/199 m.nt. Bok.

⁹⁴ HR 24 december 2010, *LJN* BO0396.

⁹⁵ M. Scheltema, 'Omgangsvormen tussen hoogste rechters', *NTB* 2005, p. 288-289; M.W. Scheltema, De zin van het verwijzen naar rechtspraak, *NTB* 2006, p. 219-244; J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.

⁹⁶ Vgl. ook S.K. Martens, 'Mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking, een verkenning', in: P. Ingelse e.a. (red.), *Mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Prinsengrachtreeks 1997/4.

procesrecht voorziene grote kamer biedt in het verlengde daarvan een geschikt instrument om de afstemming ook naar buiten verder te expliciteren. In andere gevallen ligt aan een uitspraak een vorm van 'rechterlijk beleid' ten grondslag waarover binnen het college, of met andere betrokken rechtscolleges, overleg is gevoerd en dat in richtinggevende afspraken tot uitdrukking is gebracht. Soms vindt dat overleg ad hoc plaats naar aanleiding van een concrete zaak waarin zich een kamer- of collegeoverstijgend vraagstuk aandient; soms wordt – bijvoorbeeld naar aanleiding van nieuwe wetgeving – bij voorbaat, dat wil zeggen: los van een concrete zaak, afstemming nagestreefd. Dat laatste gebeurt in toenemende mate. Zoals er binnen een college als de Afdeling bestuursrechtspraak afzonderlijke commissies bestaan die zich bezighouden met het ontwikkelen en bewaken van rechterlijk beleid en het waarborgen van de consistentie van de rechtspraak op terreinen als het bestuursprocesrecht, het constitutionele recht en het EU-recht, zo ontstaan ook in de samenwerking tussen de verschillende colleges werkgroepen met bijzondere expertise. Er worden bijvoorbeeld door de Afdeling, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, in gezamenlijkheid met de strafkamer en belastingkamer van de Hoge Raad, in de vorm van een Commissie rechtseenheid bestuursrecht gedachten ontwikkeld rond de toepassing van de vierde tranche van de Awb waar het gaat om de toetsing van bestuurlijke punitieve sancties, met als doel dat een uniforme toepassing wordt bevorderd.

3.4.3 *Erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter*

De voorgaande beschouwingen laten niet alleen zien dát de hoogste bestuursrechters aan rechtsontwikkeling doen, maar ook dat moet worden erkend dat rechterlijke rechtsvorming belangrijk en tot op zekere hoogte onmisbaar is. In het functioneren van onze democratische rechtsstaat is het onontkoombaar dat de (bestuurs)rechter aan rechtsvorming doet. Het uitdrukkelijk erkennen van de rechtsvormende taak van de rechter maakt dat een andersoortige vraag onder ogen moet worden gezien en wel of de rechterlijke oordeelsvorming zodanig kan worden ingericht dat deze als voldoende gelegitimeerd kan gelden. Nu voert het voor deze studie te ver om daar uitvoerig op in te gaan.⁹⁷ Eén opmerking willen wij daarover in het verlengde van de beschouwingen over coördinatie van

⁹⁷ Zie hierover in het bijzonder voor de positie van de bestuursrechter: J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter. Over grenzen van de rechtsvormende taak, rechterlijke dialogen en de Grondwet', in: A. Kristic, A. Meuwese & G. van der Schyff (red.), *Functie en betekenis van de Grondwet. Een dialogisch perspectief* (preadviezen voor de Staatsrechtconferentie), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

rechtspraak in het bestuursrecht echter toch maken. Rechterlijke rechtsvorming geschiedt steeds meer in een multipolair model waarbij rechters tot elkaar staan in een relatie van wederzijdse afhankelijkheid. De rechterlijke functie moet steeds minder worden geplaatst in hiërarchische modellen met een centraal besturingspunt, maar veel meer moeten rechters worden gezien als co-actoren in een complex patroon van rechtsvorming en rechtstoepassing. Die wederzijdse afhankelijkheid geldt niet alleen in de onderlinge relatie tussen aan elkaar nevenschikte hoogste nationale rechters, maar ook in hun relatie tot Europees- en internationaal-rechterlijke colleges als het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Rechterlijke dialogen geven aan die wederzijdse afhankelijkheid uitdrukking. Zij zijn daarmee niet alleen van belang voor het bewaken van de rechtseenheid maar laten zien dat de rechtsprekende macht aldus zijn eigen evenwicht organiseert als garantie tegen misbruik van machtspositie. Zij leveren aldus een belangrijke bijdrage aan de legitimatie van de rechterlijke rechtsvorming.

Wetgeving en rechtspraak zijn partners in de rechtsvorming.⁹⁸ Beide hebben elkaar nodig. Rechterlijke rechtsvorming is voor de ontwikkeling van het bestuursrecht in een moderne maatschappij onmisbaar. Dat heeft voor de inrichting van het bestuursprocesrecht gevolgen. Procederen moet niet vooral worden gezien als een kwaad dat zoveel mogelijk moet worden bestreden; onderkend moet worden dat procederen ook zekere creatieve elementen heeft die onmisbaar zijn. Het procesrecht dient voor die functie ook voldoende oog te hebben.

4 Het vinden van de juiste balans

In hoofdstuk 3 hebben wij een drietal doelen van de bestuursrechtspraak onderscheiden. Aan het eind van dit Deel I rijst de vraag hoe en in welke onderlinge verhouding deze drie perspectieven doorwerken bij een herbezinning op het bestuursprocesrecht. In dit hoofdstuk willen we een begin van een standpunt innemen over die vraag.

Uitgangspunt is dat bestuursrechtspraak primair dient om een geschil te beslechten dat de belanghebbende en het bestuursorgaan verdeeld houdt.

⁹⁸ Aldus W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003, p. 38.

Daarbij gaat het om een geschil dat is gerezen naar aanleiding van een bevoegdheidsuitoefening van het bestuursorgaan. Het Awb-procesrecht lijkt er van uit te gaan dat geschillenbeslechting de primaire doelstelling is van de bestuursrechtspraak. De rechterlijke toetsing vindt immers naar huidig procesrecht zijn buitengrens in het geschil zoals partijen dat aan de hand van de ingebrachte beroepsgronden aan de rechter hebben gepresenteerd. Naarmate het accent sterker wordt gelegd op geschillenbeslechting komen er ook andere elementen in beeld waaraan de bestuursrechtelijke rechtspleging dient te voldoen: snelheid en finaliteit van de geschillenbeslechting. Dit zijn geen zelfstandige doelstellingen van de bestuursrechtspraak, maar bijkomende voorwaarden waaraan een op geschillenbeslechting gericht procesmodel in hoge mate moet voldoen. Het gebrekkige geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak is een aanhoudend punt van zorg, hoewel er de laatste jaren op dit terrein ook veel vooruitgang is geboekt. Die vooruitgang vindt niet alleen zijn grond in wetgevend maatregelen die het geschillenbeslechtende instrumentarium van de bestuursrechter hebben uitgebreid, maar ook in een veranderende attitude van de bestuursrechters. Een en ander neemt niet weg dat we in de komende jaren moeten blijven nadenken over de vraag hoe de bestuursrechtspraak zo kan worden uitgerust dat het kan voorzien in de maatschappelijke behoefte dat bestuursgeschillen op een snelle en effectieve wijze worden beslecht.

Dit brengt ons terug bij de vraag hoe de in hoofdstuk drie beschreven doelstellingen van bestuursrechtspraak in onderlinge verhouding doorwerken bij een herbezinning op het bestuursprocesrecht. Uit het voorgaande volgt dat het vooral gaat om de inbedding van de tweede en derde doelstelling in het stelsel van bestuursrechtelijke geschillenbeslechting. Met de ontwikkeling in de richting van een op geschillenbeslechting gericht procesmodel in samenhang met de daarbinnen plaatsvindende subjectiveringstendensen wordt in toenemende mate afstand genomen van de gedachte dat de bestuursrechter een rol heeft waar het gaat om het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden. Dat wil niet zeggen dat geschillenbeslechting en het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden niet tot op zekere hoogte hand in hand kunnen gaan. Iedere vorm van geschillenbeslechting impliceert in zekere zin ook een vorm van controle op de legitimiteit van het bestuursoptreden. Maar in ons stelsel van procesrecht wordt de rechtzoekende burger geacht zijn beroep niet in te stellen met (uitsluitend) het doel het algemeen belang van rechtmatig overheidsoptreden te garanderen. Daarvoor is het beroep van de burger ook geen geschikt instrument. De burger wordt veeleer gezien als een autonoom rechtssubject dat in rechte opkomt voor zijn eigen belangen. Dat betekent echter toch dat er een

zekere mate van spanning bestaat tussen de doelstelling van geschillenbeslechting enerzijds en de controle op de legitimiteit van het overheidsoptreden anderzijds. De mate waarin dat het geval is en de wijze waarop de controle-optiek binnen het primair op geschillenbeslechting gerichte procesmodel kan worden ingebed is voor een belangrijk deel afhankelijk van wat we met die controle precies voor ogen hebben.

Over die vraag hebben wij in hoofdstuk 3 reeds verschillende opmerkingen gemaakt. Wij willen dat hier nog wat meer proberen te concretiseren. Een voor ons belangrijke reden om de bestuursrechter ook een zekere controlefunctie te blijven toekennen is gelegen in verschillende ontwikkelingen binnen het openbaar bestuur zelf. Zo kunnen we ons afvragen of er in de politieke besluitvorming altijd nog voldoende aandacht is voor fundamentele mensenrechten, voor constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen. Dat heeft wellicht te maken met een verlies aan democratisch-rechtsstatelijke kennis aan de zijde van politici, bestuurders en ambtenaren. Misschien komt het door de sterke bedrijfsmatige oriëntatie binnen de overheid die leidt tot een afname van de aandacht voor de eisen die de rechtsstaat aan het ambtelijk handelen stelt en de rol die deze eisen zouden moeten spelen in de bestuurlijke besluitvorming. Waarschijnlijk heeft het ook te maken met een belangrijke andere ontwikkeling: de toename van het politiek populisme en de mede daardoor toegenomen polarisatie. Daardoor is de rechter steeds meer in een positie gebracht waarin hij de belangrijkste reële tegenmacht van het bestuur is geworden. Tegen die achtergrond krijgt de controlefunctie echter ook meer reliëf. Die controlefunctie heeft wat ons betreft niet tot doel de rechtmatigheid van het openbaar bestuur in Nederland in volle omvang te garanderen. Daarvoor is de rechtspraak geen geschikt instrument. Bovendien is het door de toegenomen complexiteit van het recht ook steeds lastiger om gegarandeerd rechtmatig te besluiten. Dat brengt een zekere mate van rechtsonzekerheid met zich die we als samenleving misschien op de koop toe moeten nemen. Waar die functie van de rechter als tegenwicht tegen het openbaar bestuur vooral in beeld komt is waar het gaat om de bescherming van fundamentele mensenrechten, constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen. Op die punten moeten we wellicht in het systeem bepaalde voorzieningen inbouwen opdat de rechter ook voldoende in staat wordt gesteld die taak te vervullen. Overigens speelt dat mogelijk op het terrein van het ordenend bestuursrecht sterker dan op andere terreinen van het recht.

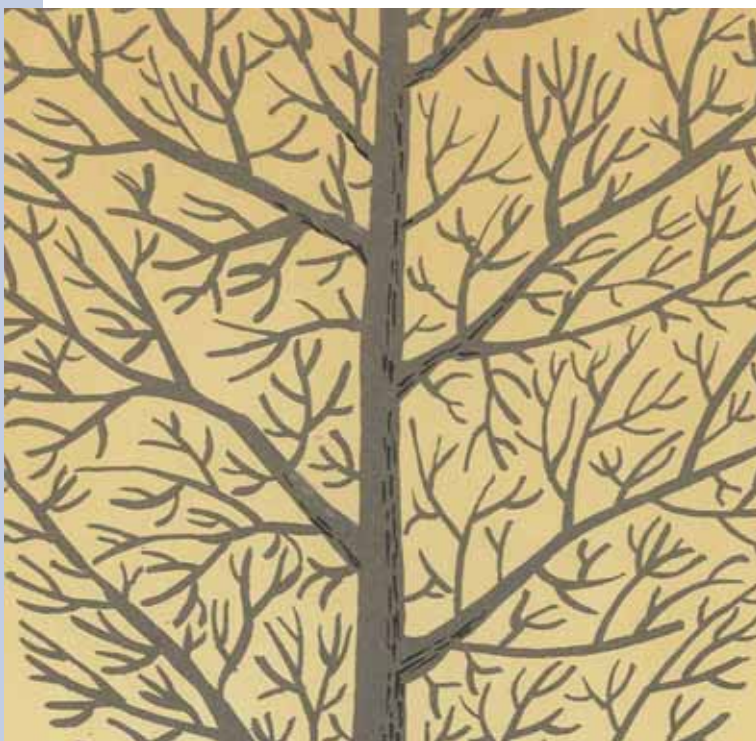
Als derde doelstelling van bestuursrechtspraak onderscheiden wij het bevorderen van de rechtsontwikkeling en het bewaken van de rechtseenheid. Dat is een doel-

stelling die in het bijzonder voor de hoogste bestuursrechter betekenis heeft. Ook voor deze doelstelling geldt dat zij moet worden ingebed in het op geschillenbeslechting gerichte procesmodel. Overigens geldt ook ten aanzien van deze derde doelstelling dat zij niet zonder meer op gespannen voet staat met het streven naar een procesvariant dat een adequaat kader biedt voor het finaal beslechten van een rechtsgeschil tussen burger en bestuur. Integendeel, door een sterker accent te leggen op finale geschillenbeslechting werkt de bestuursrechtspraak zelf mee aan een verschuiving naar een meer autonome vorm van rechtsvinding. Waar de rechter zich voorheen al snel beperkte tot een min of meer uitwendige beoordeling van het bestreden besluit, daar heeft hij thans veeleer de neiging door te pakken tot de materiële kern van het geschil. Die uitwendige beoordeling resulteerde over het algemeen in een vernietiging wegens strijd met het zorgvuldigheids- of motiveringsbeginsel. Aan een uitleg van de achterliggende materieelrechtelijke rechtsnorm kwam hij dan niet toe. Dat lijkt nu mede onder invloed van het streven naar finale geschillenbeslechting te veranderen, waardoor de bestuursrechter veel eerder in de positie wordt gebracht het bestaande materiële recht uit te leggen, te hervormen en waar nodig nieuw recht te creëren.

Daar staat echter tegenover dat bepaalde ontwikkelingen in het huidige bestuursprocesrecht wel een zekere mate van spanning vertonen met het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Wij constateerden hiervoor dat rechtspraak van belang is voor de ontwikkeling van het materiële recht en voor de rechtseenheid. Die taak komt met name de hoogste rechters toe. Om deze taak goed te kunnen vervullen dienen de relevante rechtskwesties echter wel de hoogste rechters te bereiken. In die zin is procederen dus niet alleen te beschouwen als een kwaad dat zoveel mogelijk moet worden bestreden. Een aantal van de recente ontwikkelingen die voortkomen uit de behoefte aan snelheid is er echter juist op gericht een drempel op te werpen voor de toegang tot de rechter. Denk alleen al aan de voorgenomen maatregelen tot het invoeren van kostendekkende griffiegelden. Dat zijn ontwikkelingen die niet alleen vanuit rechtsbeschermingsoptiek, maar ook gezien vanuit het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid weinig sympathie verdienen. Meer in het algemeen geldt wellicht dat de behoefte aan snelheid en voortvarendheid niet altijd parallel loopt met de wens om voor bepaalde zaken, die er voor wat betreft de rechtsontwikkeling toe doen, een bijzonder regime te volgen.

Dat laatste brengt ons op een belangrijk punt. Het vinden van de juiste balans tussen de drie perspectieven op bestuursrechtspraak die in het voorgaande zijn

geïntroduceerd, vergt een zekere mate van differentiatie. De constatering dat de controlefunctie zich niet ten aanzien van alle rechtsnormen voordoet is van groot belang. Zij leidt ertoe dat de zaken waarin het belang van een controle op de legitimiteit van het bestuursoptreden zich wel doet gevoelen op een of andere wijze moeten worden geselecteerd en dat moet worden nagedacht over de vraag hoe de daarin vervatte kwesties de rechter kunnen bereiken. Voor het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling kunnen vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt. Dat belang is immers in lang niet elke zaak aan de orde. Waarschijnlijk slechts in een klein percentage van het totaal aantal zaken dat de hoogste bestuursrechters – met uitzondering van de belastingkamer van de Hoge Raad – te behandelen krijgt. Dat heeft er uiteraard mee te maken dat de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven geen cassatierechter zijn. Zij hebben – anders dan de Hoge Raad – niet uitsluitend te oordelen over rechtsvragen. Een college als de Afdeling bestuursrechtspraak doet per jaar bijna 13.500 zaken af, waarvan het overgrote deel voor de rechtsontwikkeling niet van bijzonder belang is – voor partijen overigens des te meer. Het gaat er ook in dit verband om de zaken waarin zich wél een aspect voordoet waarvan het voor de rechtsontwikkeling van belang is dat de hoogste rechter zich daarover uitspreekt, vroegtijdig te signaleren en daarop een bijzonder regime toe te passen. In de toekomst valt daarbij ook te denken aan de inzet van een grote kamer en het vragen van een conclusie aan de advocaat-generaal. In Deel III gaan wij op die uitwerking nader in.



Deel II

Bestuursrechtspraak:
meer dan besluitenprocesrecht?

1 Inleiding

De Nederlandse bestuursrechtspraak richt zich primair op het beslechten van geschillen tussen de overheid en burgers over besluiten. Het huidige bestuursprocesrecht is daarom in hoge mate gestructureerd door het in artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gedefinieerde *besluit*. Daarmee is het Nederlandse bestuursprocesrecht in de kern een besluitenprocesrecht, oftewel een beschikkingenprocesrecht.¹

De procedure voor de bestuursrechter is gericht op het al dan niet vernietigen van het besluit waartegen een of meer burgers zich verzetten. De reden voor de eventuele vernietiging: strijd met het geschreven of ongeschreven recht. Onbegrijpelijk is die opzet van de procedure zeker niet. Vanuit historisch perspectief is het in een democratische rechtsstaat waarin waarde moet worden gehecht aan de scheiding der machten ('trias politica'), de kerntaak van de bestuursrechter om te controleren of het bestuur binnen de grenzen van zijn bevoegdheid is gebleven. Het bestuur verkrijgt van de wetgever bevoegdheden om het complexe maatschappelijke leven te reguleren door middel van het nemen van besluiten, publiekrechtelijke rechtshandelingen van een bestuursorgaan die zijn gebaseerd op een in beginsel op de wet berustende bevoegdheid en die worden verricht teneinde het algemeen belang te behartigen. Met een dergelijke (schriftelijke) publiekrechtelijke rechtshandeling legt het bestuursorgaan de rechtspositie van burgers eenzijdig vast. Het uniforme bestuursprocesrecht van de Awb heeft dit besluitbegrip verheven tot dragend concept voor de toegang, de inrichting en de uitspraakbevoegdheden in de Nederlandse bestuursrechtspraak. Voor de huidige bestuursrechtspraak is echter wel relevant om onderscheid te maken tussen besluiten met een algemene strekking die voor een ieder gelden (algemeen verbindende voorschriften; beleidsregels) en besluiten met een individuele en/of concrete strekking (beschikkingen), die gelden voor specifieke personen of zaken. Tegen de eerste soort besluiten staat in beginsel geen beroep open bij de bestuursrechter, tegen de tweede soort in beginsel wel. Als het gaat om de besluiten waartegen geprocedeerd kan worden bij de bestuursrechter, geldt dat het ene besluit het andere niet is.

Besluiten verschillen van elkaar als het gaat om de mate van vrijheid die het bestuur door de wetgever is gegeven bij het uitoefenen van bevoegdheden. Zo gaat het in het ene geval om het uitoefenen van bevoegdheden waarbij aan

¹ D. Allewijn, 'Beschikkingsprocesrecht', in: D. Allewijn, P. Nicolai & M. Schreuder-Vlasblom, *Het nieuwe bestuursprocesrecht* (VAR-reeks 112), Alphen a/d Rijn: Tjeenk Willink 1994, p. 67 e.v.

het bestuursorgaan – als een klassieke uitvoerende macht – louter is opgedragen om de algemene, wettelijke regels te concretiseren voor een specifiek geval. In die situatie verschilt de taak van het bestuur (feiten vaststellen en kwalificeren in het licht van het geldende recht) nauwelijks of niet van de taak van de bestuursrechter (controleren van de feitenvaststelling en het kwalificeren van die feiten in het licht van het geldende recht); dat doet zich vaak voor in het financiële bestuursrecht, zoals het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht. In het andere geval biedt de – teruggredende – wetgever het bestuursorgaan een zekere mate van vrijheid om vast te stellen wat in die concrete omstandigheden rechtens is (beoordelings- en/of beleidsvrijheid). Het bestuursorgaan heeft in die situatie een zekere – ten opzichte van de bestuursrechter – autonome, rechtsvormende taak; die situatie doet zich op tal van andere deelterreinen van het bestuursrecht voor.

Besluiten zijn verschillend door het aantal daarbij betrokken burgers. Weliswaar zal steeds een bestuursorgaan het besluit nemen en zal daarbij – in meer of mindere mate – het algemeen belang betrokken zijn, maar soms (be)treft dat besluit enkel de geadresseerde burger en zijn daarbij geen belangen van anderen (derde-belanghebbenden) betrokken; daarvan is doorgaans sprake in het financiële bestuursrecht. In andere gevallen hebben besluiten bij uitstek ook gevolgen voor derde-belanghebbenden. Die laatste situatie doet zich veelal voor in het zogenoemde ordenende bestuursrecht, waarbij met name gedacht moet worden aan het omgevingsrecht, inclusief het ruimtelijk ordeningsrecht. Met name in het ordenend bestuursrecht lijkt de betrokkenheid van het algemeen belang meer op de voorgrond te treden.

Besluiten verschillen voorts van elkaar als het gaat om de werkingsduur. Zo kan onderscheid worden gemaakt tussen besluiten met een expirerend, aflopend karakter (de vergunning om een bouwwerk te bouwen), die uitgewerkt zijn als de betreffende activiteit is verricht (ook wel: perfectief karakter). Een vergelijkbaar soort besluiten heeft een werking gedurende een bepaalde periode of betreft een specifieke periode (uitkering gedurende een bepaalde termijn of een belastingaanslag voor een bepaald jaar). Anderzijds kan gesproken worden van besluiten met een langdurig karakter (de vergunning voor het oprichten en in werking houden van een inrichting), die voortdurende werking hebben (ook wel: duratief karakter).

Van belang is bovendien dat besluiten in sommige gevallen ambtshalve worden genomen en in andere gevallen op aanvraag van een belanghebbende. Hoewel het in beide gevallen een besluit betreft, kan dit onderscheid toch leiden tot verschillen in de wijze van behandeling in de bestuursrechtelijke procedure; al was het alleen maar op het punt van de bewijslastverdeling. Evenmin irrelevant

is dat sommige besluiten worden voorbereid met toepassing van de in afdeling 3.4 Awb neergelegde uniforme openbare voorbereidingsprocedure en andere besluiten niet. Het verschil is in die gevallen ten minste dat tegen eerstgenoemde besluiten geen bezwaar kan worden ingediend, terwijl die bezwaarschriftprocedure voor de andere besluiten verplicht is.

Besluiten verschillen tot slot van elkaar als het gaat om het rechtsgebied dat – oorspronkelijk – aan de materiële rechtsbetrekking ten grondslag lag. Hoewel het aanbrengen van dit onderscheid niet erg gebruikelijk is in het bestuursrecht, kan niet verhuuld worden dat het bestuursrecht zich heeft ontwikkeld en daarbij veelvuldig raakt aan in elk geval de materiële normen uit hetzij privaatrecht hetzij strafrecht. Niet alleen worden besluiten genomen op het traditionele bestuursrechtelijke terrein (het verlenen van een vergunning), maar ook begeeft het bestuur zich bij het nemen van besluiten op het van oorsprong strafrechtelijke terrein (het opleggen van punitieve sancties) en op het van oorsprong privaatrechtelijke terrein van het vermogensrecht (terugvorderen en invorderen van onverschuldigde betalingen of het toekennen van schadevergoeding).

Voor alle appellabele besluiten geldt evenwel dat het bestuursorgaan daarmee in beginsel steeds eenzijdig de rechtspositie van de burger(s) ten opzichte van de overheid vaststelt. Bovendien worden alle besluiten genomen met het doel (een specifiek deel van) het algemene belang te behartigen of te beschermen. Het in de Awb neergelegde *uniforme* bestuursprocesrecht biedt de burger, het bestuur en de rechter ten aanzien van deze verscheidenheid aan besluiten in hoge mate een eenheidsworst als het gaat om de toegang tot de rechter, de inrichting van het bestuursprocesrecht en de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter. Dat geldt in sommige gevallen zelfs de handelingen van het bestuur waarvan vaststaat dat ze geen besluiten zijn ('afwijzing van een aanvraag van een beschikking', 'buiten behandeling laten van een aanvraag', 'niet tijdig beslissen' of 'niet tijdig bekendmaken'²), maar die door de wetgever voor de toepassing van de regels van bezwaar en beroep gelijkgesteld zijn aan 'echte' besluiten.

Met de keuze voor een besluitenprocesrecht en de definitie van het begrip 'besluit' in artikel 1:3 Awb, heeft de wetgever er in beginsel voor gekozen om rechtsbescherming tegen de overheid niet onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen als het gaat om alle feitelijke handelingen, ook als die ter voorbereiding of ter uitvoering van een appellabel besluit worden verricht. Dat geldt evenzeer voor de rechtsbescherming voor die gevallen waarin de overheid gebruik maakt van het privaatrecht ter behartiging van het algemeen belang. Een bijzondere situatie doet zich voor bij geschillen over de aansprakelijkheid

² Zie art. 6:2 onder b Awb en art. 8:55f Awb.

van de overheid voor rechtmatige en onrechtmatige daad voor het nemen van appellabele besluiten. De rechtsontwikkeling heeft laten zien dat de rechtsmacht daar onder omstandigheden wordt gedeeld met de burgerlijke rechter.

Gelet op hetgeen in deel I van dit onderzoek is geschreven, is duidelijk dat het huidige stelsel van bestuursprocesrecht niet alleen door de wetgevingsactiviteiten gericht op versnelling en op de effectieve, finale afdoening van geschillen, maar ook door verschuivingen in de jurisprudentie op diezelfde aspecten, steeds in beweging is. Dat is in deel I van dit onderzoek gesignaleerd, maar dat perspectief van ontwikkeling is tevens door de wetgever onderkend bij de invoering van de Awb. Bij die gelegenheid heeft de wetgever aangegeven dat het al langer bestaande besluitenprocesrecht op punten gerelativeerd kan worden en dat op die punten een ontwikkeling kan worden gezien en verwacht.

'Staat nu nog de rechtmatigheidstoetsing *ex tunc* van een besluit centraal, denkbaar is dat, zoals dat ook in het burgerlijk procesrecht het geval is, de rechtsbetrekking *ex nunc* de inzet van de procedure wordt, waarbij ook aan het betrokken bestuursorgaan een actie toekomt. Als dat inderdaad te zijner tijd wenselijk blijkt te zijn, zal de verhouding tussen administratieve rechter en civiele rechter, en *a fortiori* tussen bestuursprocesrecht en burgerlijk procesrecht, opnieuw moeten worden doordacht.'³

Daar waar wij in deel I hebben geconstateerd dat de ingrepen van de wetgever in het bestuursprocesrecht vooral zijn gericht op versnelling en effectieve, finale geschillenbeslechting, zag de wetgever bij de invoering van de Awb een ontwikkeling voor zich in de richting van de kenmerken van het burgerlijk procesrecht. Die voorziene verschuiving, die overigens zeer zeker raakvlakken heeft met de wens te komen tot effectieve, finale geschillenbeslechting, is waarschijnlijk relevant en gerechtvaardigd voor een bepaalde categorie besluiten, maar niet voor alle categorieën besluiten waarover de bestuursrechter oordeelt.

In een memorie van toelichting van de recentere datum, namelijk die bij het Wetsoorstel Vierde Tranche Awb, wordt de positie van de bestuursrechter toegelicht als het gaat om het beoordelen van punitieve sancties in de vorm van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Geconstateerd wordt dat de positie van de bestuursrechter voor die geschillen vergelijkbaar is met die van de strafrechter.

'De toetsing van bestuurlijke boetebesluiten vindt plaats volgens de algemene regels van het bestuursprocesrecht, zoals opgenomen in de Algemene wet

³ Zie *PG Awb II*, p. 174.

bestuursrecht. [...] De bestuursrechter neemt een bijzondere positie in in dit verband: enerzijds oordeelt hij als «gewoon» bestuursrechter, anderzijds is zijn positie enigszins vergelijkbaar met die van een strafrechter.⁴

Van bestuursrechtspraak wordt veel verwacht. De toegang tot de bestuursrechter wordt weliswaar steeds bepaald door het beroep van een burger tegen een besluit, maar van de bestuursrechtspraak lijkt te worden verwacht dat deze zich ontwikkelt in de richting van de civiele rechtspraak en soms dat zij vergelijkbaar is met strafrechtspraak. De instrumenten die het bestuursprocesrecht de rechter verschaft, krijgen kleur door de wijze waarop de bestuursrechter ze toepast en aanpast al naar gelang het soort besluit dat hem ter toetsing wordt voorgelegd. De bestuursrechter kan – voor zover noodzakelijk – als een kameleon van kleur verschieten al naar gelang de kenmerken van het bestreden besluit en het materiële recht waarop de procedure betrekking heeft. Gelet op de specifieke toepassing van het besluitenprocesrecht in gevallen waarin een bestuurlijke boete wordt opgelegd, maar ook gezien de ruime verscheidenheid van categorieën van besluiten, vertrouwt de wetgever op de flexibele toepassing van het besluitenprocesrecht en op de bestuursrechter om te kiezen voor een op het geschil toegespitste insteek voor de inrichting van de procedure en het gebruik van uitspraakbevoegdheden. Het uniforme procesrecht biedt derhalve ruimte voor gedifferentieerde behandeling van zaken en bovendien flexibiliteit voor ontwikkeling. Wezenlijke vraag in het onderhavige onderzoek is of de gesignaleerde ontwikkeling naar een gedifferentieerde behandeling van geschillen in de bestuursrechtspraak binnen het besluitenprocesrecht dat de Awb biedt, ook in de toekomst kan voldoen aan de eisen die in een democratische rechtsstaat aan de bestuursrechtspraak moeten worden gesteld. Daarbij denken wij met name aan het geschillenbeslechtende vermogen van die rechtspraak binnen een redelijke termijn.

Door verschillende auteurs is nagedacht en geschreven over de voor- en nadelen van het besluitmodel en over de vraag of dat model bepaalde wenselijke ontwikkelingen in de weg staat of daar juist dienstig aan is. In het onderstaande bespreken wij kort de in het verleden naar voren gebrachte voor- en nadelen van het besluitmodel. Vervolgens formuleren wij een onderzoeksvraag voor deel II van dit onderzoek.

1.1 Besluitenprocesrecht in vogelvlucht

Ontegenzeggelijk bestaan belangrijke en niet te verwaarlozen voordelen van het

⁴ Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127 en 128.

gebruik van het besluitbegrip als dragend concept voor de bestuursrechtspraak. Welke kenmerken en voordelen zijn verbonden aan het huidige besluitenprocesrecht? Ook in deel I van dit onderzoek was die vraag aan de orde. Hier wordt volstaan met een korte, grove schets. De inherente aspecten van een besluitenprocesrecht⁵ die kunnen worden gekwalificeerd als een voordeel, zijn met name gerelateerd aan de eigenschappen van de ideaaltypische procesregeling van een 'recours objectif'. Kernpunt van het besluitenprocesrecht is dat het voorwerp van geschil van rechtswege gegeven is: een besluit. Steeds zal de procedure zijn gericht tegen een besluit van een bestuursorgaan, dat door de bestuursrechter op rechtmatigheid moet worden getoetst aan het recht en aan de hand van de feiten en omstandigheden op het moment van het nemen van het besluit (ex tunc).

Tot een van de meest belangrijke voordelen wordt gerekend de laagdrempelige toegang tot de bestuursrechtelijke procedure. De laagdrempeligheid dient het grote belang van de rechtsbescherming tegen de overheid. Daarbij moet niet alleen gedacht worden aan de elementen die aan wijziging onderhevig kunnen zijn, zoals de relatief lage griffierechten en de afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging. Maar ook aan het aan een besluitenprocesrecht inherente feit dat (de vereisten aangaande) het bekendmaken van schriftelijke, gemotiveerde besluiten waarin de feiten zorgvuldig zijn onderzocht en vastgesteld door het bestuur, het de burger relatief eenvoudig maken om rechtsmiddelen aan te wenden, zijn bezwaren tegen het besluit aan te voeren en met bewijsmiddelen te onderbouwen. De laagdrempelige toegang dient ook het algemeen belang gelet op de effecten van de rechterlijke toetsing op de handhaving van het objectieve recht. Datzelfde algemene belang dwingt er echter ook toe dat over de geldigheid van de jegens een ieder (erga omnes) geldende besluiten niet te lang onzekerheid mag bestaan. Als keerzijde gelden daardoor in beginsel relatief korte termijnen om rechtsmiddelen aan te wenden. Mits tijdig rechtsmiddelen zijn aangewend, wordt het besluit door de bestuursrechter onderworpen aan een rechtmatigheidstoets.

Bedacht moet echter worden dat het huidige bestuursprocesrecht zeker ook kenmerken van een 'recours subjectif' kent. Kenmerk van individuele rechtsbescherming in de bestuursrechtspraak is dat appellanten in beginsel de omvang van het geschil bepalen waarover de rechter dient te oordelen ('ne ultra petita'). Zij kunnen door het instellen van hun beroepsschrift bovendien niet in een slechtere positie geraken ('non reformatio in peius' in strikte zin). De recht-

⁵ Zie VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJU 2004, p. 72.

matigheidstoets door de bestuursrechter houdt in dat de overheid aan het recht gebonden is en dat de door de wetgever aan het bestuursorgaan geboden beleids- en beoordelingsvrijheid slechts terughoudend mag worden beoordeeld. Het is immers aan het bestuursorgaan om de geboden vrijheid voor een specifiek geval te concretiseren in een rechtsvaststelling en voor die invulling van de vrijheid verantwoording af te leggen.

De VAR-Commissie Rechtsbescherming stelt terecht dat de keuze voor een besluitenprocesrecht ook effecten heeft voor de inrichting van de procedure bij de bestuursrechter. Een dergelijk procesrecht wordt gekenmerkt door een actieve rechter, die de materiële waarheid zoekt en zo nodig ambtshalve toetst. Van het bestuur wordt in beginsel verwacht dat het een besluit zorgvuldig voorbereidt en voorziet van een deugdelijke motivering. Van de burger wordt minder verlangd. De betrokkenheid van het algemeen belang dwingt er toe meer van het bestuur te verlangen dan van de burger. De gepercipieerde, structurele machtsongelijkheid tussen bestuur en burger wordt op die manier gecompenseerd (ongelijkheidscompensatie), terwijl het uniforme bestuursprocesrecht de rechter voldoende flexibiliteit biedt om zijn houding aan te passen aan de omstandigheden van het geschil. Het bewijsrecht in een besluitenprocesrecht zal mede vanwege de gerichtheid op het besluitbegrip een substantiële adstructieplicht opleggen aan het bestuursorgaan. Ten aanzien van de uitspraakbevoegdheden in een besluitenprocesrecht geldt het volgende. Kan het besluit, voor zover dat door appellanten is bestreden, de inhoudelijke toets van de bestuursrechter niet doorstaan, dan leidt dat tot vernietiging, waardoor de rechtsgevolgen van dat besluit voor een ieder uit de rechtsorde worden verwijderd. De procedure is derhalve in essentie niet gericht op het bindend vaststellen van de inhoud van het besluit, laat staan van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger. De bestuursrechter heeft evenwel de bevoegdheid om na een vernietiging de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien door te bepalen dat zijn uitspraak (ex nunc) in de plaats treedt van het vernietigde besluit.⁶

Kort gesteld kan worden geconstateerd dat de keuze voor een besluitenprocesrecht inherent consequenties heeft voor de regeling van de toegang tot de bestuursrechtspraak (voorwerp van geding; korte beroepstermijnen), voor de aard en de inhoud van de procedure (omvang van het geschil; rechtmatigheidstoetsing ex tunc; ongelijkheidscompensatie) en voor de uitspraakbevoegdheden (vernietiging erga omnes). Duidelijk is dat het huidige Nederlandse besluitenprocesrecht op veel

⁶ Zie art. 8:72 Awb.

punten kenmerken heeft van een recours objectif, maar tevens elementen kent van een recours subjectif. Gelet op de verschillende categorieën van besluiten waarover de bestuursrechter moet oordelen, verbaast het niet dat de kenmerken van beide ideaaltypische procedures terugkomen in het huidige stelsel van bestuursprocesrecht.

1.2 Gesignaleerde knelpunten

Sinds de invoering van het huidige uniforme bestuursprocesrecht in 1994 zijn door verschillende auteurs de mogelijke beperkingen van een besluitenprocesrecht voor het voetlicht gebracht. Wij volstaan hier met een korte inventarisatie.

Belangrijk knelpunt van een besluitenprocesrecht is allereerst dat de toegang tot de rechtsbescherming beperkt is tot besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. Sterker: steeds beperkt is tot één enkel besluit. Niemand zal echter ontkennen dat tussen burger en bestuur vanzelfsprekend geschillen bestaan die niet over een besluit gaan. Gedacht kan worden aan geschillen over beslissingen, uitlatingen of andere feitelijke handelingen van het bestuur ter voorbereiding en/of ter uitvoering van besluiten, maar ook aan geschillen naar aanleiding van (feitelijke) handelingen die niet direct gerelateerd zijn aan een besluit. Ook geschillen over het gebruik van – van oorsprong – privaatrechtelijke rechtsfiguren in een bestuursrechtelijke context, betreffen in beginsel niet besluiten. Over die laatste handelingen oordeelt de bestuursrechter in elk geval niet. Toch is het lastig om in voorkomend geval te bepalen welke rechter, bestuursrechter of burgerlijke rechter, bevoegd is om de rechtmatigheid van handelingen van het bestuur te beoordelen. Conclusie is dat als een gemis kan worden ervaren dat de bestuursrechter niet over alle geschillen kan oordelen die zouden kunnen worden beschouwd als bestuursrechtelijke geschillen.

Als we ons beperken tot de geschillen waarover de bestuursrechter wel mag oordelen, en die dus in beginsel over appellabele besluiten gaan, dan geldt al snel als knelpunt dat de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur wordt opgeknipt in verschillende, opeenvolgende besluiten. Mogelijk genomen door verschillende bestuursorganen. Mogelijk met verschillende procedures voor het invoeren van rechtsbescherming. Maar ook als de betreffende besluiten worden genomen door hetzelfde bestuursorgaan en met dezelfde rechtsbeschermingsmogelijkheden, betekent het opknippen van de rechtsbetrekking een versnipperde geschillenbeslechting. Deze versnippering belemmert een meer integrale benadering van bestuursrechtelijke geschillen. De gefragmenteerde wijze waarop de bestuursrechter wordt geconfronteerd met een geschil tussen overheid en burger, kan de burger frustreren en het vertrouwen in de rechtspraak doen afnemen. Tot overmaat

van ramp kan het conflict tussen burger en overheid zodanig zijn versnipperd dat niet alleen de bestuursrechter is geroepen tot het beoordelen van een deel van het conflict, maar dat ook de burgerlijke rechter voor de beslechting van een – door-gaans ander – deel van het conflict moet worden geadieerd. Dat is voor zowel bestuur als burger geen goede zaak. In dat verband is het overigens onmiskenbaar dat een wijziging van de toegang tot de bestuursrechter leidt tot een verschuiving van de – magische – lijn tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter. Daarmee dient steeds terdege rekening te worden gehouden.⁷

Tot slot wordt vooral vanuit bestuurlijke kringen wel gewezen op het nadeel dat bestuursorganen geen rechtsingang hebben, omdat zij immers niet kunnen procederen tegen een besluit dat zij zelf namen. De behoefte kan bestaan aan een declaratoir oordeel van de rechter over de toepassing van een bepaalde norm.

Ten aanzien van de inrichting van de procedure is in het verleden ook gewezen op knelpunten. Daarbij kan men denken aan de omvang van het geschil, de toetsing *ex tunc*, de inrichting van de procedure *an sich*, het bewijsrecht en de daaraan gerelateerde, gerelativeerde actieve rol die de rechter is toegedacht als het gaat om ongelijkheidscompensatie. Heeft een bestuursorgaan een zekere mate van vrijheid bij het uitoefenen van een bestuursbevoegdheid, is het algemeen belang in hoge mate betrokken bij de besluitvorming en zijn bij het besluit vele belanghebbenden betrokken, dan stelt men al snel dat de eerder genoemde ideaaltypische kenmerken van een besluitenprocesrecht passend zijn. Dat een andersoortig ingerichte procedure wellicht meer in de rede ligt, treedt op de voorgrond als het gaat om besluiten die ofwel vermogensrechtelijk (besluiten over schadevergoeding) ofwel bestraffend (besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete) van aard zijn. Kort gesteld is het *uniforme* procesrecht van de Awb, ondanks dat het niet een geheel inflexibel keurslijf biedt voor de wijze waarop geprocedeerd wordt, sterk gericht op het toetsen van besluiten en de vernietiging van onrechtmatige besluiten.

Dat geldt ook in gevallen waarin het vaststellen van de rechtspositie door de bestuursrechter niet onmogelijk, of juist bij uitstek gewenst, is. Gewezen kan worden, in algemene zin, op geschillen over besluiten waarbij het bestuursorgaan wordt geacht in het geheel geen vrijheid te hebben ten opzichte van de bestuursrechter en waarbij – naast de aan het bestuursrecht inherente aanwezigheid van het algemeen belang – ‘lechts’ een enkele burger en het bestuursorgaan betrokken

⁷ Zie ook Ch.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsvergelijking tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Den Haag: BJu 2009. Die oratie werd met een betekenisvolle titel besproken in L.J.A. Damen, ‘Trekken aan een dood paard?’, *O&A* 2010, 61.

zijn. Die situatie doet zich vooral voor in conflicten over (de hoogte van) een aanspraak op schadevergoeding of (de hoogte van) een opgelegde boete. Voor dergelijke procedures wordt vaak gewezen op het gebrek aan een wettelijk vastgelegd bestuursrechtelijk bewijsrecht, de onmogelijkheid voor een burger om gedurende de bestuursrechtelijke procedure zijn eis te verhogen en de afwezigheid van een verplichting voor de bestuursrechter om de hoogte van de schadevergoeding vast te stellen. Daar waar het gaat om de procedure waarin de burger van de bestuursrechter wenst dat deze vaststelt of hij recht heeft op schadevergoeding van het bestuur of waarin hij wenst dat de bestuursrechter de hoogte van een aan hem door het bestuur opgelegde boete aanpast, verzet zich niets tegen die wens. De civiele rechter of de strafrechter doet immers niet anders. Op andere punten zal de bestuursrechter in de behandeling van deze conflicten juist differentiatie aanbrengen. In een geschil over de hoogte van de schadevergoeding lijkt bijvoorbeeld een procedure zonder hoge mate van ongelijkheidscompensatie passend, zoals gebruikelijk in civiele procedures over schadevergoeding waarin op het punt van het bewijsrecht autonomie aan de procederende partijen wordt toegedacht ('*Verhandlungsmaxime*').⁸ Aan de andere kant is in de procedure over de hoogte van een door het bestuur opgelegde boete een meer actieve rechter aangewezen, die ambtshalve de feiten onderzoekt en vaststelt ('*Untersuchungsmaxime*'). De wettelijke regeling van het uniforme bestuursprocesrecht maakt dergelijke onderscheidingen wel mogelijk, maar expliciteert die gedifferentieerde aanpak niet.

Kort kan ook gewezen worden op de bevoegdheid van de partijen om de omvang van het geschil te bepalen, voor zover het niet de rechtsgronden van openbare orde betreft. De achterliggende gedachte van deze hoofdregel van het huidige besluitenprocesrecht is dat de bestuursrechter niet geroepen en/of geschikt is om ambtshalve toezicht te houden op de door het bestuur genomen besluiten. Bovendien ligt aan die regel ten grondslag dat partijen door een enkele wilsverklaring de omvang van het geschil ofwel kunnen verbreden ofwel kunnen versmallen. Verklaart de appellant tijdens de zitting dat hij het beroep op het vertrouwensbeginsel niet langer wenst te handhaven, dan verkleint hij daarmee de omvang van het geschil en de taak van de bestuursrechter. Belangrijk is dat als knelpunt wordt ervaren dat de door de burger tegen het besluit aangevoerde

⁸ Het *Verhandlungsmaxime* en het *Untersuchungsmaxime* geven uitersten weer op een glijdende schaal betreffende de verantwoordelijkheid voor enerzijds het verzamelen en anderzijds het vaststellen van de feitelijke gronden in een gerechtelijke procedure. Zie daarover F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit* (Schriften zum Prozessrecht, Band 19), Berlin: Duncker & Humboldt 1971.

beroepsgronden, die de omvang van het geschil bepalen, niet synchroon hoeven te lopen met de door het recht beschermde belangen van die burger. Daarmee kan het beroep van de burger gezien worden als een waarborg voor de handhaving van het objectieve recht.

Ook als het gaat om de wijze van toetsing naar het moment waarop het besluit is genomen, kan het besluitmodel 'tekortschieten'. Zo sluit in een aantal categorieën van geschillen, zoals over (de hoogte van) een boete en over verzoeken tot asiel, een ex nunc beoordeling (van het besluit) door de bestuursrechter beter aan bij (internationaal) geldende materiële normen. En ook zou die wijze van toetsing aansluiten bij de aard van de procedure over soortgelijke geschillen bij de strafrechter, bijvoorbeeld over de strafbeschikking. Gelet op de internationale normen, de bijzondere regeling in asielzaken (art. 83 Vreemdelingenwet 2000) en de wens om partijen met een minder retrospectief oordeel van de bestuursrechter te confronteren, moet het mogelijk worden geacht om in voorkomend geval een besluit ex nunc te beoordelen zonder afbreuk te doen aan het wezenlijke onderscheid tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht. Ex nunc beoordeling van besluiten kan in een beperkt aantal gevallen wenselijk zijn en worden gerechtvaardigd. De hoofdregel van de ex tunc toetsing van een besluit door de bestuursrechter, leidt in elk geval tot een – steeds vaker als ongewenst ervaren – retrospectieve benadering van het conflict. De bestuursrechter kan onvoldoende recht doen aan de mogelijkheid dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is gewijzigd ten gevolge van nieuwe feiten en omstandigheden, die in beginsel geen rol kunnen spelen bij de beoordeling van het bestreden besluit; terwijl die feiten en omstandigheden juist wel van belang zijn voor de finale afdoening van het geschil.

Uit het voorgaande blijkt dat het besluitenprocesrecht wordt gekenmerkt door een procedure die is gericht op het toetsen van besluiten. Indien de bestuursrechter tot de conclusie komt dat het bestreden besluit een inhoudelijke beoordeling niet kan doorstaan, eindigt de procedure in beginsel met de vernietiging van het bestreden besluit. Het bestuursorgaan is dan in de meeste gevallen genooddaakt opnieuw een besluit te nemen op de aanvraag of het bezwaar. Dit pingpongeffect wordt veroorzaakt door het besluitenprocesrecht en draagt in hoge mate bij aan de stropigerigheid van de bestuursrechtelijke geschillenbeslechting.⁹ Met de ('kale') vernietiging van een besluit worden de rechtsgevolgen van dat besluit voor een ieder (erga omnes) met terugwerkende kracht uit de rechtsorde verwijderd. De

⁹ J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000.

rechter heeft geen mogelijkheden om de vernietiging te beperken tot bepaalde belanghebbenden ('de vernietiging te relativëren'). Als bezwaar wordt ook wel genoemd dat de bestuursrechter in beginsel geen andere reactie kent dan de vernietiging van het besluit, terwijl in voorkomend geval het algemeen belang gediend zou zijn met een procedure waarin die vernietiging niet kan worden bewerkstelligd en geschillenbeslechting zou moeten inhouden dat de burger schadevergoeding wordt toegekend.¹⁰ Zodra vernietiging een feit is, staan de bestuursrechter echter wel enkele bevoegdheden ter beschikking teneinde de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen burger(s) en bestuur ex nunc vast te stellen. Zo kunnen de rechtsgevolgen van een vernietigd besluit in stand worden gelaten en kan de bestuursrechter overgaan tot het zelf in de zaak voorzien, hetgeen betekent dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Als knelpunt wordt allereerst ervaren dat de bestuursrechter eigenlijk geen ver- of gebod voor met name feitelijke handelingen ter uitvoering van een besluit, kan opleggen of een declaratoire uitspraak kan doen. Met name als het gaat om feitelijke handelingen die nauw gerelateerd zijn aan een appellabel besluit, wringt dat de bestuursrechter daarover geen rechtsmacht heeft. Een ander punt is dat sommige geschillen geschikt zijn om de bestuursrechter te verplichten de rechtsverhouding, zo nodig ex nunc, vast te stellen. De Awb legt die verplichting niet op. Alleen artikel 8:72a Awb, waarin de bestuursrechter wordt verplicht om zelf in de zaak te voorzien na de vernietiging van het besluit waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd, wijst in die richting. De vernietiging is dan – althans in het huidige bestuursprocesrecht – een obligate tussenstap voor het bindend vaststellen van de rechtsbetrekking tussen het bestuur en de burger, althans voor het zelf in de zaak voorzien. In de meeste geschillen bestaat geen verplichting om de rechtsverhouding daadwerkelijk vast te stellen. Dat gebrek heeft onder meer geleid tot een voorstel voor een zelfstandige schadeverzoekschriftprocedure voor specifieke onrechtmatige overheidsdaden in het bestuursprocesrecht.¹¹ Daarnaast wordt nagedacht over het aanpassen van het 'beslissingsmodel van de bestuursrechter'.¹² In geschillen over belastingaanslagen en over de hoogte van een bij besluit opgelegde bestuurlijke boete wordt de bestuursrechtelijke procedure overigens wel steeds afgesloten met een uitspraak waarin de rechtspositie van de burger ten opzichte van het bestuur is vastgesteld.¹³ Dat biedt duidelijk voordelen. Het is

¹⁰ Denk aan het gedachtegoed van A.Q.C. Tak, waarover recent T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak. Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006.

¹¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621.

¹² *Kamerstukken II* 2009/10, 29 279, nr. 111, p. 12 (Rechtsstaat en rechtsorde).

echter de vraag of het besluitenprocesrecht en de bestuursrechter voldoende zijn geëquipeerd om in een optimaal aantal geschillen tot daadwerkelijke finale geschillenbeslechting over te gaan.

Tot slot is overbodig om te benadrukken dat, als de wetgever tot een wijziging zou beslissen van het besluit als dragend concept van het bestuursprocesrecht en met name van de toegang tot de bestuursrechtspraak, daaraan gerelateerd tevens nadere uitspraakbevoegdheden gewenst zijn. Zo kan de bestuursrechter thans in beginsel geen declaratoire uitspraken doen, geen verboden of geboden opleggen en niet verplichten tot het nakomen van een materieel zuiver bestuursrechtelijke overeenkomst of tot het betalen van schadevergoeding wegens het niet nakomen van een overeenkomst. In het verlengde daarvan kan het wenselijk zijn om de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure aan te passen aan dergelijke nieuwe uitspraakbevoegdheden.

1.3 Bestuursrechtspraak: meer dan besluitenprocesrecht?

De analyse in deel I van dit onderzoek is onder meer aanleiding voor een vraag die ook in het verleden door verschillende auteurs aan de orde is gesteld. Die vraag is of het besluitgeoriënteerde karakter er aan in de weg staat dat het bestuursprocesrecht ook in de toekomst kan blijven voldoen aan de eisen die worden gesteld aan de bestuursrechtspraak.

In hoeverre kan een door het besluitbegrip gestructureerd bestuursprocesrecht in de toekomst voldoen aan de eisen die aan de bestuursrechtspraak worden gesteld? Deze onderzoeksvraag verdient enige uitwerking. Allereerst is het zaak voldoende helderheid te hebben over de wijze waarop de bestuursrechtspraak wordt gestructureerd door het besluitbegrip in de Awb. Die structurerende werking is inherent verbonden met het huidige, Nederlandse bestuursprocesrecht. Wij willen in dit deel II van het onderzoek met name aandacht vragen voor de rechtsmacht van de bestuursrechter en de rechtsingang voor de burger. Daarnaast beschouwen wij het gebruik van bestaande uitspraakbevoegdheden. De belangrijkste eis waaraan de bestuursrechtspraak moet voldoen, is het op efficiënte, effectieve wijze finaal beslechten van (bestuursrechtelijke) geschillen binnen een redelijke termijn. Dit deel II van het onderzoek kan ook vanuit een iets ander perspectief worden gezien. Veel kritiek op het besluitenprocesrecht komt op de keper beschouwd

¹³ Wij gaan dan nog voorbij aan een vergelijking met de rechtsbescherming tegen een strafbeschikking, waarbij de burger zeker in een slechtere positie geplaatst kan worden door de uitspraak van de strafrechter. Het bestuursprocesrecht biedt die mogelijkheid in het geheel niet vanwege het verbod van *reformatio in peius*.

neer op de vraag of in een regeling van bestuursprocesrecht die is gericht op het bieden van rechtsbescherming tegen een door de overheid eenzijdig genomen besluit, voldoende recht kan worden gedaan aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen burger en overheid en de steeds groter worden wens om de bestuursrechtspraak zo in te richten dat de procedure bij de bestuursrechter binnen een redelijke termijn eindigt in de definitieve vaststelling van die rechtsbetrekking (ex nunc). Die specifieke inkleuring van het onderzoek kan ook tot uitdrukking worden gebracht is de volgende onderzoeksvraag: in hoeverre kan in een besluitenprocesrecht recht worden gedaan aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen burger en overheid en in hoeverre schiet het huidige stelsel tekort ten opzichte van de eisen die aan de bestuursrechtspraak mogen worden gesteld? Ten aanzien van de toegang tot de rechtsbescherming geldt dat de rechtsverhouding tussen burger en overheid door het besluitbegrip wordt opgeknipt in momentopnamen waartegen rechtsbescherming openstaat. De inrichting van de procedure is vrijwel steeds afgestemd op de toetsing van een besluit en niet op de vaststelling – ex nunc – van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen burger en overheid. De voornaamste uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter zijn geënt op het vernietigen van een besluit en niet op het (finaal) vaststellen van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. De vraag is of de procedure zoals die wordt gevolgd op grond van het uniforme bestuursprocesrecht (het beroep tegen een besluit) niet nader ontvlochten dient te worden, omdat alleen met in de wet tot uitdrukking komende differentiatie in de toekomst kan worden voldaan aan de eisen die aan bestuursrechtspraak moeten worden gesteld.

In het onderstaande beantwoorden wij de onderzoeksvraag ten aanzien van de rechtsmacht van de bestuursrechter en de daaraan gekoppelde rechtsingang voor de burger (Hoofdstuk 2). Vervolgens bezien wij de bestaande uitspraakbevoegdheden voor de bestuursrechter (Hoofdstuk 3).

2 Rechtsmacht en rechtsingang

2.1 Inleiding

De toegang tot de bestuursrechter wordt in Nederland sinds jaar en dag bepaald door de vraag of sprake is van een appellabel besluit van een bestuursorgaan.

Bekend is dat het huidige bestuursprocesrecht niet voorziet in rechtsbescherming tegen alle besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb. De hoofdregel

van artikel 8:1 Awb wordt gevolgd door uitzonderingen (zie de artt. 8:2 t/m 8:6 Awb), waaronder ook de niet appellabele besluiten die kwalificeren als algemeen verbindend voorschrift en beleidsregel. Ook in artikel 6:3 Awb is een uitzondering te vinden. Aan de andere kant biedt de Awb tal van mogelijkheden om te procederen bij de bestuursrechter indien geen sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Niet alleen gelden vanuit historisch perspectief begrijpelijke verruiming op het terrein van het ambtenarenrecht (art. 8:1, lid 2 en 3, Awb), maar ook bestaan meer recente mogelijkheden om te procederen tegen het niet of niet tijdig beslissen door een bestuursorgaan (art. 6:2 Awb). Nieuwste loot aan de stam is het in artikel 8:55f Awb opgenomen recht om te procederen tegen het niet tijdig bekendmaken van een van rechtswege gegeven beschikking.

Discussie bestaat over de vraag of de bestuursrechter niet ook bevoegd zou moeten zijn te oordelen over algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels,¹⁴ over feitelijke handelingen en/of rechtshandelingen van het bestuur in het geval die worden verricht ter voorbereiding of ter uitvoering van een aan het bestuursrecht gerelateerde taak of bevoegdheid. Het gaat dan bijvoorbeeld om geschillen die voortkomen uit overeenkomsten, gebruik van openbare ruimte en onrechtmatige daad. Kort gesteld is het de vraag of de bestuursrechter bevoegd zou moeten zijn om te oordelen over alle mogelijke bestuursrechtelijke geschillen.

Bestuursrechtspraak voor alle bestuursrechtelijke geschillen? Feit is dat de bestuursrechtspraak nu enkel (appellabele) besluiten betreft. Ondanks de vele voordelen van het besluitmodel, is er niet aflatende kritiek te horen. De kritiek komt er voor een groot deel op neer dat bestuursrechtspraak niet slechts over besluiten zou moeten gaan, maar over andere of alle aspecten van de *bestuursrechtelijke rechtsbetrekking* tussen bestuur en burger.¹⁵ Het idee van de criticus is veelal dat het geldende regime wijziging behoeft in die zin dat de rechtsmacht van de bestuursrechter (al dan niet geheel) zou moeten worden afgestemd op de tussen burger en bestuur geldende bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Dat zou met name voorkomen dat verschillende rechters moeten oordelen over verschillende onderdelen van die rechtsbetrekking. Duidelijk is dat een wijziging van het regime

¹⁴ Zie recent Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans. 'Artikel 8:2 Awb: weg ermee!', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 809 e.v.

¹⁵ Vgl. de waslijst aan potentieel relevante handelingen van bestuursorganen die niet kwalificeren als besluit in M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure* (SB3), Deventer: Kluwer 2011, p. 127-128.

betreffende toegang tot de bestuursrechter inherent zal leiden tot veranderingen in de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, die immers als restrechter fungeert. Juist gelet op de huidige rechtsmachtverdeling, die in haar uitwerking op punten als complex wordt ervaren en onvoldoende burgervriendelijk wordt geacht, heeft bij velen de overtuiging postgevat dat verandering gewenst is. Een deel van de kritiek is ook toe te schrijven aan het opknippen van de rechtsbescherming bij de bestuursrechter in momentopnames betreffende delen van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger: besluiten.

Historisch gezien verbaast niet dat het instrument waarmee de overheid de rechtspositie van haar burgers eenzijdig vastlegt, het toegangsbewijs is tot de bestuursrechtspraak. Juist tegen de herkenbare, op een wettelijke grondslag gebaseerde beslissing waarmee de overheid invloed uitoefent op de vrijheden en de eigendommen van burgers, moeten deze rechtssubjecten rechtsbescherming kunnen inroepen bij een onafhankelijke (bestuurs)rechter. Een dergelijke beslissing van de overheid is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb indien sprake is van een 'schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'. Artikel 8:1 Awb stelt dat een belanghebbende daartegen in beroep kan komen bij de bestuursrechter. Een van de meest wezenlijke activiteiten van de overheid, namelijk het besturen door het nemen van besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb, is door die bepaling gekoppeld aan de regeling van de toegang tot de bestuursrechtspraak voor belanghebbende burgers. Bedacht dient evenwel te worden dat die koppeling geen vaststaand gegeven is. Hoewel in het verleden is gewezen op de beperkingen van de huidige regeling van de rechtsmacht van de bestuursrechter, is er nauwelijks een auteur te vinden die een pleidooi heeft gehouden voor het afschaffen van het besluit als bestuursrechtelijke (rechts)handeling ten behoeve van het besturen door de overheid. De discussie betreft dus louter de vraag naar het besluit als (enig) toegangsbewijs tot de bestuursrechtspraak. In dit hoofdstuk concentreren wij ons op de vraag of een andere regeling van de toegang tot de bestuursrechtspraak in hogere mate tegemoet zou kunnen komen aan de eisen die in de huidige democratische rechtstaat mogen worden gesteld aan de bestuursrechtspraak. Met name de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zou dan het alternatief kunnen zijn.

In het onderstaande ligt nadruk op de knelpunten, maar ook de voordelen van de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter met behulp van het besluitbegrip komen naar voren. Kern van het onderstaande is echter de vraag of het hanteren van het besluitbegrip in de weg staat aan realisatie van de wens te komen tot geschillenbeslechting voor bestuursrechtelijke geschillen.

2.2 Gefragmenteerde besluitvorming: gefragmenteerde geschillenbeslechting

Het materiële bestuursrecht bewerkstelligt in veel gevallen dat het bestuursrechtelijke geschil tussen overheid en burger wordt opgeknipt in voor de bestuursrechtspraak hapklare brokken: besluiten. Geschillen worden met andere woorden gefragmenteerd aan bestuursrechters aangeboden. Steeds zal de bestuursrechter over het bestreden besluit kunnen oordelen, terwijl door de burger achtereenvolgens of tegelijkertijd (andere) rechtsbeschermingsprocedures worden doorlopen tegen andere besluiten.¹⁶ Het voorwerp van geschil bij de bestuursrechter is steeds een deel van de rechtsbetrekking. Kan aan die versnippering een halt worden toegevoegd?

Ten eerste geldt ten aanzien van deze problematiek niet onmiddellijk dat de oorzaak van het probleem of de oplossing voor het probleem gezocht moet worden in de aanpassing van het bestuursprocesrecht. Natuurlijk wordt getracht de meest voorkomende problematische aspecten van het besluitmodel te ondervangen door toepassing van procesrechtelijke bepalingen zoals artikel 6:20 Awb ('bestuursorgaan neemt alsnog een reëel besluit gedurende een beroep tegen het niet tijdig beslissen') of de artikelen 6:18 en 6:19 Awb ('het bestuursorgaan wijzigt of trekt bestreden besluit in gedurende het beroep'). Omdat toepassing van laatstgenoemde bepalingen bekend lastig is, worden zij in het Wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht – overigens tezamen met artikel 8:13a Awb – vervangen door een nieuw artikel 6:19 Awb, dat de wettekst vereenvoudigt en verduidelijkt.¹⁷ Ook andere bepalingen zijn gericht op een vergelijkbaar doel. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de artikelen 4:125 Awb ('bezwaar en beroep tegen de financiële hoofdbeschikking'), 4:19 Awb ('vaststelling hoogte dwangsom'), 5:31c Awb ('kostenverhaal na bestuursdwang') en 5:39 Awb ('invordering dwangsom'). In de toekomst wordt ook gedacht aan de mogelijkheid dat een bestuursorgaan de bevoegdheid van een ander orgaan zou kunnen overnemen. Die optie is overigens alleen geopperd in verband met het toekennen van nadeelcompensatie.¹⁸ Strikt genomen liggen de problemen echter in het onvermijdelijk versnipperde materiële bestuursrecht zelf. Zoals eerder al bleek, sluit het op het besluitmodel gebaseerde

¹⁶ Vgl. M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996/33, p. 1357.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2, p. 3.

¹⁸ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 4, p. 6. Vgl. E. Koopmans, 'De behandeling van verzoeken om nadeelcompensatie bij grote overheidsprojecten. De problemen, de huidige juridische voorzieningen en een mogelijk nieuwe oplossing in de Awb', *O&A* 2009/2, p. 69-77; J.R.C. Tieman & H.H.L. 'Krans, Nogmaals nadeelcompensatie', *NTB* 2010/15.

bestuursprocesrecht goed aan bij het materiële bestuursrecht, dat immers doorgaans is opgebouwd uit bevoegdheden voor bestuursorganen om besluiten te nemen waarmee de rechtspositie van burgers bindend wordt vastgelegd. Gelet op de brede schakering aan algemene belangen die door de overheid in onze complexe democratische rechtsstaat worden behartigd, is niet te vermijden dat de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking wordt opgedeeld in delen. In veel gevallen loont het ook niet om daarin verandering te willen brengen.

Ten tweede geldt dat op een belangrijk terrein van het bestuursrecht waarin besluitvorming wordt opgeknipt langs de lijnen van de door de overheid specifiek behartigde algemene belangen, zoals in het van oudsher sectoraal opgedeelde omgevingsrecht, recente wetswijzigingen een bijdrage leveren aan het relativeren van het probleem. Recente aandacht van de wetgever voor projecten die invloed hebben op de fysieke leefomgeving, heeft er toe geleid dat de burger of het project dat de burger wenst uit te voeren, centraal wordt gesteld en dat wordt gestreefd naar gecoördineerde of geïntegreerde besluitvorming. Gewezen kan worden op de Wet algemene bepalingen, de Waterwet en ook op de Crisis- en herstelwet. Telkens stellen deze wetten zich onder meer tot doel dat de overheid de burger dienstverlenend tegemoet treedt. Dat wordt bereikt door de burger de mogelijkheid te bieden de voor zijn project vereiste toestemmingen geïntegreerd aan te vragen en het bestuursorgaan bevoegd te maken de toestemming voor het project door middel van één besluit te verlenen (Wabo). Deze wet stroomlijnt de vele rechtsbeschermingsprocedures over verschillende besluiten die voorafgaand aan de invoering van de Wabo konden worden gevoerd. Een vergelijkbare insteek kent de Waterwet, waarin toestemmingsstelsels op het terrein van de waterwetgeving zijn geïntegreerd. De Crisis- en herstelwet is geheel geënt op het versnellen van besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures voor ruimtelijke en infrastructurele projecten. Over al deze recente wetgeving is veel te schrijven, maar het belangrijkste punt dat wij hier willen benadrukken is dat door deze wetgeving vaker dan voorheen geschillen over projecten met gevolgen voor de fysieke leefomgeving minder gefragmenteerd aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Ook meer algemene instrumenten om samenhangende besluiten gecoördineerd voor te bereiden en de rechtsbescherming gelijktijdig plaats te laten vinden, zoals afdeling 3.5 Awb en de (gemeentelijke, provinciale en rijks-) coördinatieprocedure van de Wet ruimtelijke ordening, kunnen datzelfde effect teweeg brengen.

Toch biedt het integreren van vergunningenstelsels niet voor alle situaties een oplossing. Het opknippen van bestuursrechtelijke geschillen door toepassing van

het besluitmodel kan tot een onwaarschijnlijke juridische kluwen van bestuursrechtelijke procedures leiden.

Enkele recent in de *AB rechtspraak bestuursrecht* gepubliceerde uitspraken zijn door Damen aangeduid met de term 'Havenoorlog op Terschelling'. Het geschil tussen het gemeentebestuur van Terschelling, de nieuwkomer Eigen Veerdienst Terschelling (EVT) en de bestaande vervoerder Terschellinger Stoomboot Maatschappij (TSM) waarover de vier gepubliceerde uitspraken gaan,¹⁹ betreft in de kern de vraag van EVT om van het gemeentebestuur een vergunning te krijgen om ligplaats in te nemen in de haven van Terschelling, teneinde passagiersvervoer te onderhouden van en naar het eiland, zonder dat zij wordt gehinderd door de aanwezigheid van de bestaande vervoerder TSM. Het geschil wordt bemoeilijkt omdat ook TSM in aanmerking wil komen voor een andere ligplaats en omdat er zeven ligplaatsen beschikbaar zijn in haven. De vraag van EVT lijkt eenvoudig, maar het opdelen van het geschil in partjes omdat voor elk van de zeven ligplaatsen een aanvraag kan worden ingediend, leidt er toe dat talrijke uitspraken worden gedaan over dat ene geschil.²⁰ De beide vervoersmaatschappijen benutten praktisch alle mogelijkheden om besluiten aan te vragen en procedures te voeren. Gelet op de vele uitspraken over de deelaspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen EVT en het gemeentebestuur, is dit een schoolvoorbeeld van de verbrokkeling van de rechtsstrijd over verschillende procedures. Het is de vraag of dit soort uitwassen überhaupt wel voorkomen kunnen worden, bijvoorbeeld door toepassing van afdeling 3.5 Awb.

Naar het zich laat aanzien is de wetgevingsactiviteit ook op het punt van de versnippering een gevolg van de in de samenleving gesignaleerde knelpunten. Veel aandacht is uitgegaan naar de ontwikkeling van (ruimtelijke en infrastructurele) projecten. Duidelijk is dat de oplossing voornamelijk kan en moet worden gezocht in wijziging van het materiële bestuursrecht. Afdeling 3.5 Awb is in elk geval te vrijblijvend om een structurele oplossing te kunnen bieden voor het gesignaleerde knelpunt. Verdere coördinatie kan wellicht leiden tot minder gefragmenteerde geschillenbeslechting in de bestuursrechtspraak en verdient dus blijvende aandacht.

¹⁹ Zie ABRvS 20 mei 2009, *AB* 2010/217 m.nt. Damen; Vzng. Rb. Leeuwarden 20 juli 2009, *AB* 2010/218 m.nt. Damen; Vz. ABRvS 5 oktober 2009, *AB* 2010/219 m.nt. Damen; ABRvS 10 februari 2010, *AB* 2010/220 m.nt. Damen.

²⁰ De vier gepubliceerde uitspraken vormen slechts het topje van de ijsberg.

Van veel groter belang is de aloude constatering dat geschillen tussen burger en bestuur niet zijn te vatten in besluiten. Die geschillen betreffen ook de afspraken tussen deze partijen, de feitelijke omstandigheden die zich tussen hen hebben voorgedaan en de handelingen en beslissingen die de overheid heeft verricht en genomen. Dat betekent dat een deel van het geschil ook steeds op het bordje van de civiele rechter ligt.²¹ Als dat het geval is, is de bestuursrechter niet bij machte of geëquipeerd om het gehele geschil definitief te beslechten. De vraag is daarom gerechtvaardigd of de rechtsmacht van de bestuursrechter moet worden verruimd teneinde zijn geschillenbeslechtend vermogen te vergroten.

2.3 Bestuursrechtspraak te beperkt voor geschillenbeslechting?

2.3.1 De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet

Van belang is om vast te stellen dat de discussie over de huidige afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter vrijwel niet gehinderd wordt door enige bepaling van de Grondwet ten aanzien van de organisatie van de rechtspraak in Nederland.²² Hoewel de afwezigheid van op dit punt richtinggevende bepalingen in de Grondwet als een gebrek kan worden beschouwd, kan in elk geval als positief worden gewaardeerd dat de Grondwet geen stobreed in de weg legt aan eventuele verbreding van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot geschillen over een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. De belangrijkste grondwettelijke bepaling is artikel 112 Gw. Het eerste lid stelt kort en goed dat de rechterlijke macht bevoegd is te oordelen over geschillen over burgerlijke rechten en schuldvorderingen, waarmee een uiterst ruime categorie van geschillen is bedoeld. De kern is dat de rechterlijke macht, waartoe praktisch alle rechtsprekende instanties behoren maar de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet, bevoegd is ongeacht of het geschil voortkomt uit een burgerlijke dan wel een andersoortige rechtsbetrekking.²³ Daaraan doet niet af dat in sommige situaties een speciale, met voldoende waarborgen omklede, rechtsgang openstaat: de bestuursrechtelijke. Wel is in die situaties het

²¹ Zie daarover ook J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak* (Recht en Praktijk 166), Deventer: Kluwer 2008.

²² Over die Grondwet en de wenselijkheid van een aparte bestuursrechter is in de gehele vorige eeuw stevig gediscussieerd. Zie daarover kort het eerste deel van dit onderzoek en uitgebreider J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989. Zie ook C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327 en de reactie daarop van Th.G. Drupsteen, 'De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet', *NJB* 1997, p. 1526 (met naschrift Kortmann op p. 1599).

gevolg dat de eiser in de civiele procedure niet-ontvankelijk wordt verklaard.²⁴ De civiele rechter is met andere woorden bevoegd zodra de eiser stelt in zijn burgerlijke rechten te zijn geraakt (objectum-litis-leer). Daarmee is de burgerlijke rechter steeds restrechter ten opzichte van de speciale bestuursrechter. Voor alle geschillen die in eerste aanleg aan de rechtbanken zijn opgedragen, betekent de huidige rechtsmachtverdeling dat de sector bestuursrecht binnen de rechtbank wordt geconfronteerd met geschillen over appellabele besluiten en aan de sector civiel recht van diezelfde rechtbank is opgedragen om te oordelen over praktisch alle andere geschillen die voortkomen uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. De vraag welke verschillende soorten geschillen voort kunnen komen uit een dergelijke rechtsbetrekking, is niet eenvoudig te beantwoorden en is onderdeel van de discussie die in het onderstaande aan de orde is.

Het tweede lid van artikel 112 Gw biedt de wetgever de mogelijkheid om geschillen die niet voortkomen uit burgerlijke rechtsbetrekkingen, zoals die uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, op te dragen aan gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren, zoals de genoemde hoogste instanties in de bestuursrechtspraak. De Grondwet staat de wetgever derhalve niet in de weg als hij alle geschillen die voortkomen uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking aan die instanties zou willen opgedragen.²⁵ De wetgever heeft die vrijheid niet volledig benut, doordat voor de rechtsmacht van de bestuursrechter wordt aangehaakt bij de aard van de bestuurshandeling ('een besluit') en niet bij de aard van de rechtsbetrekking (bestuursrechtelijk).²⁶ De genoemde instanties zijn daarom slechts bevoegd om in eerste en enige aanleg te oordelen over een aantal specifieke besluiten en om in hoger beroep te oordelen over de uitspraken van de rechtbanken over besluiten. Een probleem waar de wetgever wel mee geconfronteerd wordt, is dat de rechtsmacht van de bijzondere bestuursrechter moet worden omschreven.

Wij bespreken hieronder de ontwikkeling van de discussie over het besluitbegrip als toegangsbewijs voor de bestuursrechtspraak en nemen daarbij als startpunt de

²³ Zie onder meer HR 31 december 1915, *NJ* 1916/407.

²⁴ Zie onder meer HR 25 november 1977, *AB* 1978/1 m.nt. Stellinga, *NJ* 1978/255 m.nt. Scheltema; HR 27 februari 1992, *AB* 1992/301 m.nt. Van der Burg, *NJ* 1992/687 m.nt. Scheltema.

²⁵ Vgl. ook B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.E.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 118.

²⁶ Vgl. N. Verheij, 'Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter', in: A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen a/d Rijn: Samsom 1999, p. 15.

invoering van de Awb in 1994. In het eerste deel is reeds een beschouwing gewijd aan de discussie die in de lange periode voorafgaand aan die invoering werd gevoerd.

2.3.2 *Het lonkende perspectief van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking*

In het licht van de Grondwet en de daarin vastgelegde bevoegdheid van de rechterlijke organisatie ('geschillen voortkomend uit een burgerlijke rechtsbetrekking'), kan met Verheij worden geconstateerd dat een toewijzing aan de bestuursrechter van geschillen die voortkomen uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking op grond van het tweede lid van artikel 112 Gw, systematisch aantrekkelijk is. Verheij stelde het als volgt in zijn zeer lezenswaardige preadvies voor de VAR, vereniging voor bestuursrecht.

'Systematisch zou het mooi zijn als de bestuursrechter bevoegd zou zijn kennis te nemen van alle geschillen, uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan. Dat zou goed aansluiten bij het systeem van de Grondwet, die in artikel 112, tweede lid, ook aanknoopt bij de aard van de rechtsbetrekking in geschil. [...] Het meest logische is dan dat de bestuursrechter bevoegd is als het bestuursrecht van toepassing is, en de burgerlijke rechter als het burgerlijk recht van toepassing is.'

Vervolgens bepleit de auteur een voorzichtige verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter door de bevoegdheid uit te breiden tot geschillen die uit een publiekrechtelijke rechtsbetrekking zijn ontstaan, waaronder feitelijke handelingen. Vooral omdat dat systematisch een mooi beeld zou opleveren.²⁷ De verruiming zou overigens moeten worden vormgegeven door een gezamenlijke, geleidelijke inspanning van wetgever en jurisprudentie in de richting van de publiekrechtelijke rechtsverhouding.²⁸ In zijn in 1993 uitgesproken oratie geeft ook Van Male aan voorstander te zijn van uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter in een geleidelijk proces. Gelet op de titel en strekking van zijn verhaal is de bestuursrechtspraak simpelweg 'onvoltooid' indien niet alle geschillen over

²⁷ Zie N. Verheij, 'Een eigen recht(er)', in: A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 67; de VAR-vergadering is dezelfde mening toegedaan: Verslag van de algemene vergadering, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 123), Den Haag: BJu 2000, p. 94 (Stelling III d). Verheij lijkt te pleiten voor een materiële invulling van het criterium bestuursrechtelijke rechtsbetrekking: de fundamentum petendi-leer.

²⁸ R.J.N. Schlössels, 'Het besluitbegrip: doos van Pandora of hoofd van Medusa?', *NTB* 2000, p. 1-13.

bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen zijn ondergebracht bij één rechter, de bestuursrechter.²⁹ Instemming met de strekking van het hier weergegeven pleidooi om de rechtsmacht van de bestuursrechter te verbinden aan de bestuurlijke rechtsbetrekking is bij vele andere auteurs te vinden. Ook in de Franse en Duitse bestuursrechtspraak heeft de notie van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking invloed op de rechtsmacht van de bestuursrechter.³⁰ Aldus beschouwd is de beperkte insteek van de Nederlandse bestuursrechtspraak opmerkelijk. Maar wanneer wordt eigenlijk gesproken van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking?

2.3.2.1 Een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking?

Er moet voor worden gewaakt dat bij het begrip bestuursrechtelijke rechtsbetrekking niet onmiddellijk aan het in de parlementaire geschiedenis van de Awb gehanteerde begrip *wederkerige* rechtsbetrekking wordt gedacht. De wetgever heeft in de memorie van toelichting meerdere malen gewag gemaakt van de wederkerige rechtsbetrekking tussen bestuur en burger.³¹ Volgens de wetgever is:

‘de betrekking tussen bestuur en burger te beschouwen als een rechtsbetrekking tussen weliswaar naar hun aard verschillende partijen – omdat het bestuur het algemene belang vertegenwoordigt en daarbij dienstbaar is aan de uitvoering van democratisch genomen besluiten, terwijl de wederpartij een individueel belang naar eigen inzicht mag behartigen –, maar toch een rechtsbetrekking waarin beide partijen in een wederkerige relatie staan, zodat zij rekening moeten houden met de positie en de belangen van de andere partij. Voor beide partijen heeft dit gevolgen.’³²

De conceptualisering van de rechtsverhouding tussen burger en bestuursorgaan door de wetgever in het moderne bestuursrecht als een wederkerige, is vergelijkbaar met een schets van de rechtsverhoudingen in het privaatrecht. Het aanduiden van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als een wederkerige en als één van de fundamenteën van de Awb, is aanleiding geweest tot veel kritiek. Door Beurskens werd het geïdentificeerd als een koekoeksei in het nest van het bestuursrecht, Teunissen

²⁹ Van Male pleit voor een formele interpretatie van het criterium ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’: de subjectum litis-leer; zie R.M. van Male, *Onvoltooid recht* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 37.

³⁰ Natuurlijk kennen ook die systemen hun eigenaardigheden. Zie daarover B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht 2001. Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2001.

³¹ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 12; zie ook *PG Awb II*, p. 174.

³² *PG Awb I*, p. 39.

spreekt van een strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap en Heldeweg van een perversie.³³ Concluderend kan worden vastgesteld dat voldoende is aangetoond dat de theorie over de wederkerige rechtsbetrekking op gespannen voet staat met fundamentele uitgangspunten van het Nederlandse bestuursrecht. Dat neemt niet weg dat in het bestuursrecht sprake is van een rechtsbetrekking.

Van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is naar ons oordeel sprake wanneer de overheid in relatie tot een burger rechts- of feitelijke handelingen verricht (of nalaat te verrichten) in het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak. Dat betekent dat een belangrijk aspect van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen burger en bestuur is dat die rechtsverhouding in elk geval wordt genormeerd door bestuursrechtelijke normen. Natuurlijk is de meest overtuigende uitdrukking van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking het nemen van een besluit. Niet alleen appellabele besluiten, maar ook algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Daarnaast bestaat besturen, als activiteit ter uitvoering van publiekrechtelijke bevoegdheden en taken, uit tal van feitelijke handelingen, beslissingen en in sommige gevallen uit het sluiten van overeenkomsten. Ontstaat daarover een geschil, dan is naar ons oordeel sprake van een bestuursrechtelijk geschil.

Over de scheidslijn tussen de bestuursrechtelijke en de civielrechtelijke rechtsbetrekkingen is buitengewoon veel geschreven. In de dissertatie van Pront-van Bommel wordt dogmatiek verbonden met praktische aanbevelingen.³⁴ Zij spreekt van bestuursrechtelijke geschillen³⁵ als het gaat om geschillen over rechten en plichten die een bestuursorgaan en een belanghebbende jegens elkaar hebben.

³³ De meningen zijn te vinden in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 23 e.v.; zie voor een meer positieve benadering E.M.H. Hirsch Ballin, 'Wederkerig bestuursrecht', *RM Themis* 1989, p. 1-4 en M. Scheltema, De wederkerige rechtsbetrekking, in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008. Zie ook het recente overzicht bij Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de 'besluiten-Awb'?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 76 e.v.

³⁴ Maar wij verwijzen ook graag naar de dissertatie van J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.

³⁵ S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: BJu 2002, p. 37.

Onder verwijzing naar Vegting,³⁶ komt zij tot de conclusie dat het door Vegting gehanteerde begrip rechtsbetrekking, dat synoniem moet worden geacht met een bestuursrechtelijke verbintenis, een goed en werkbaar criterium is ter afbakening van de rechtsmacht. Haar voorstel is om de rechtsmacht te verruimen tot elke schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan genomen uit hoofde van een publiekrechtelijke bevoegdheid of specifieke publieke taak die gericht is op het nakomen, het wijzigen of het opheffen van een bestaande verbintenis of het scheppen van een nieuwe verbintenis dan wel inhoudende de weigering tot zodanig nakomen, wijzigen, opheffen of scheppen; of die strekt tot het vaststellen van een bestaande verbintenis dan wel de weigering tot zodanig vaststellen.³⁷ Pront-van Bommel tracht met die wijziging te bewerkstelligen dat elk bestuursrechtelijk geschil wordt beslecht door de bestuursrechter in een beroepschrift-procedure. Dat standpunt lijkt aan te sluiten bij de zogenaamde fundamentum-petendi-leer waarin de bestuursrechter bevoegd is als de aan het geschil ten grondslag liggende rechtsgronden bestuursrechtelijk van aard zijn. Een ander verkondigd standpunt is dat de bevoegdheid zou moeten voortvloeien uit het enkele feit dat de overheid in de procedure is betrokken. Wij concluderen hier kort en goed dat wij de overtuiging hebben dat – hoe eenvoudig de subjectum-litis-leer ook zou kunnen uitpakken³⁸ – de fundamentum-petendi-leer beter aansluit bij de gedachte aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als criterium voor de rechtsmachtafbakening die door vele auteurs als gewenst wordt omschreven.

Stelt men dat geschillen die voortkomen uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking moeten worden onderworpen aan de rechtsmacht van de bestuursrechter, dan houdt dat in dat bestuursrechtspraak een ander karakter krijgt. Bestuursrechtspraak moet dan net als civiele rechtspraak uitgerust worden met procedures die bijvoorbeeld – al dan niet naar aanleiding van een beroep tegen een besluit of beslissing – leiden tot uitspraken die een verklaring voor recht inhouden en/of die gebieden tot het verrichten of nalaten van (feitelijke) handelingen. Ook moet dan gedacht worden aan het nakomen van (het bestuursrechtelijke deel) van een (bevoegdheden)overeenkomst tussen bestuursorgaan en burger.³⁹

³⁶ W.G. Vegting, *Het algemeen Nederlands administratief recht*, Eerste deel, Alphen a/d Rijn: Samsom 1954.

³⁷ S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: BJu 2002, p. 292.

³⁸ B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.E.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 151.

³⁹ Zie daarover recent F.J. van Ommeren, 'De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 731-732.

2.3.2.2 Waarom kiezen voor de rechtsbetrekking?

Welke argumenten kunnen worden aangevoerd voor het baseren van de rechtsmacht van de bestuursrechter op de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in plaats van op het besluitbegrip?

Gedurende de jaren na invoering van de Awb in 1994 is veelvuldig de vraag gesteld of niet het moment was gekomen om af te stappen van het besluit als entreebewijs voor de bestuursrechtspraak.⁴⁰ De discussie betrof vaak de vraag naar het afschaffen van het besluitmodel. Zo benadrukt Kortmann onder de titel 'Weg met het Awb-besluit' dat de zwabberende jurisprudentie aangaande het besluitbegrip, net na de invoering daarvan, leidt tot rechtsonzekerheid. Hij bepleit mede daarom afschaffing: 'Wij moeten van het besluitbegrip als grondslag voor de rechterlijke competentie af, en deze doen aansluiten bij de vraag wie handelingen, waaronder rechtshandelingen, (niet) verricht, een subjectum litis-leer'.⁴¹ In zijn reactie relativeert Daalder de problemen ('Laten we het besluit gewoon maar houden').⁴² Hij wijst er vooral op dat elk nieuw begrip om de rechtsmacht van de bestuursrechter af te bakenen, zoals het besluitbegrip in de Awb en zoals ook de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking een dergelijk begrip zou kunnen zijn, grond zal zijn voor een (lange) periode waarin dat begrip interpretatie nodig heeft en waarin rechtsonzekerheid zal bestaan. Stroink moet er niet aan denken dat de ideeën van Verheij, waarin de bestuursrechter bevoegd zou worden om te oordelen over geschillen uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen, positief recht zou worden; er is geen vager criterium dan de publiekrechtelijke rechtsbetrekking.⁴³ Hij acht ontwikkelingen op basis van een extensieve interpretatie van het besluitbegrip wenselijker, overigens net als Daalder. Zo bezien is het de vraag of de ideeën van Verheij,⁴⁴ Stroink en Daalder wel zo ver uit elkaar liggen.

In 2003 biedt ook het Nederlands Juristenblad enkele gerenommeerde bestuursrechtjuristen de ruimte te reageren op de stelling dat het besluitbegrip in de Awb

⁴⁰ Dat gebeurde bijvoorbeeld in de VAR-werkgroep Vierde Tranche. De vraag werd in de algemene vergadering van de VAR overigens met overgrote meerderheid ontkennend beantwoord, zie L.J.A. Damen & R.L. Vucsan (red.), *De Vierde tranche Awb* (VAR-rapport), Den Haag: BJu 2000, p. 13.

⁴¹ C.A.J.M. Kortmann, 'Weg met het Awb-besluit', *RM Themis* 1998/6, p. 190-191.

⁴² E.J. Daalder, 'Laten we het besluitbegrip gewoon maar houden', *RM Themis* 1998/6, p. 192-193.

⁴³ F.A.M. Stroink, 'Handhaaf het besluitbegrip als ontvankelijkheidseis', *JB* 1999/118.

⁴⁴ N. Verheij, 'Een eigen recht(er)', in: A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 68 ('Toch zou ik mordicus tegen zijn om morgen een wetsvoorstel in te dienen dat de bestuursrechter bevoegd maakt kennis te nemen van alle geschillen, uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen ontstaan').

moet worden afgeschaft.⁴⁵ Zowel Allewijn als Scheltema merkt terecht op dat de precisie van de stelling te wensen overlaat, met name omdat het nemen van besluiten inherent is aan besturen in een democratische rechtsstaat. Het besluitbegrip is de kern van de Awb en het bestuursrechtelijke equivalent van de civielrechtelijke rechtshandeling. Het is derhalve onmisbaar. Menig auteur relateert de stelling evenwel aan de gedachte die daaraan zeer waarschijnlijk ten grondslag heeft gelegen, namelijk dat de burger onvoldoende mogelijkheden heeft om alle aspecten van de rechtsbetrekking tussen hem en het bestuur voor te leggen aan de bestuursrechter.⁴⁶ De voordelen van het besluitbegrip als entreebewijs voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt in de reacties op de stelling overigens veelvuldig benadrukt. Niet alleen sluit het vernietigingsberoep tegen besluiten aan bij het materiële bestuursrecht, dat immers doorgaans is opgebouwd uit bevoegdheden voor bestuursorganen om besluiten te nemen, maar ook wordt het besluitmodel onontbeerlijk geacht voor een toegankelijk stelsel van rechtsbescherming. Algemeen gevoelen lijkt te zijn dat de voordelen van het besluitbegrip moeten worden behouden voor die geschillen waarin dat model goede diensten kan bewijzen. En dat zijn er nogal wat. Aan de andere kant is aanvulling op de dekkingsgraad van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming gewenst en zou voor geschillen waarin een ander stelsel dan het vernietigingsberoep meer voor de hand ligt, het besluitmodel verlaten moeten worden. Steeds wordt in dat kader gewezen op geschillen tussen bestuursorgaan en burger over het verkrijgen van schadevergoeding voor laatstgenoemde. Zo wijzen Polak en De Moor-van Vugt expliciet op de wenselijkheid van een duaal stelsel, oftewel een zwaan-kleef-aan-systeem waarin andere procedures worden toegevoegd aan het palet van de Awb, dat vooral bestaat uit het klassieke beroep tegen een besluit. Uitbreiding zou moeten beginnen met een procedure voor het verzoeken of vorderen van schadevergoeding, omdat de rechtsmachtafbakeningsproblemen op dat punt voor de burger het grootst zijn. Van Buuren verklaart overigens helemaal niet overtuigd te zijn van de wenselijkheid van het afschaffen van het besluitmodel en waarschuwt voor de gevolgen van een aparte procedure voor schadevergoeding ('bezint eer gij begint!'). Het besluitmodel dwingt het bestuursorgaan tot zorgvuldig onderzoek en deugdelijke motivering voorafgaand aan het nemen van een besluit en biedt de burger een schriftelijk stuk waartegen hij zich eenvoudig kan afzetten. Deze voordelen zullen verloren gaan indien een verzoek om schadevergoeding direct bij de bestuursrechter aanhangig wordt gemaakt.

⁴⁵ D. Allewijn e.a., Stelling. Het besluitbegrip in de Awb moet worden afgeschaft, *NJB* 2003/20, p. 1023.

⁴⁶ Zie ook M. Scheltema, 'De bestuursrechtelijke rechtsverhouding als uitgangspunt', *NTB* 2003, afl. 4, p. 122

Volgens Van Buuren zou de burger het in een dergelijke procedure moeilijker hebben. Dat leidt wellicht tot de conclusie dat het bestuursprocesrecht zou moeten worden uitgebreid met (veel?) extra regels over onder meer bewijsrecht, vermeerdering van de eis en verjaring.

De korte beschouwingen over de wenselijkheid van uitbreiding van de rechtsmacht – oftewel: een verschuiving richting de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als begrip ter afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter ten opzichte van de burgerlijke rechter – creëert een vrij helder beeld van de gedachten die leven. In vele gevallen wordt een principiële gedachtegang over de wenselijkheid van die uitbreiding gecombineerd met een pragmatische benadering die ofwel inhoudt dat het besluitbegrip steeds ruimer zou moeten worden geïnterpreteerd ofwel betekent dat wordt 'geëxperimenteerd' met een duaal stelsel, waarin naast het besluitenprocesrecht een andere procedurevorm wordt geplaatst voor specifieke soorten bestuursrechtelijke geschillen, zoals die over de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatige appellabele besluiten of die – aan een besluit gerelateerde – feitelijke handelingen betreffen. Een systematische inventarisatie van de argumenten die pleiten vóór het uitbreiden van de rechtsmacht van de bestuursrechter, waarover de discussie in feite gaat, leveren de besproken beschouwingen naar hun aard niet op.

Een dergelijke, meer systematische overdenking is wel te vinden in het proefschrift van Polak uit 1999 en de oratie van Schlössels uit 2003.⁴⁷ In feite leveren die overdenkingen argumenten voor aparte bestuursrechtspraak.

Het in 1999 verschenen proefschrift van Polak biedt inzicht in principiële argumenten om geschillen al dan niet toe te delen aan de bestuursrechter, met name als het gaat om rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels, in gevallen waarin de burger schadevergoeding eist en in die gevallen dat de overheid zich bedient van privaatrechtelijke instrumenten ter realisering van doelen van overheidsbeleid. De vier door Polak naar voren geschoven argumenten zien niet alleen op de beperkte vraag naar de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter, maar vooral ook op de ruimere vraag naar de wenselijkheid van het toedelen en behandelen van geschillen door de bestuursrechter.

Polak stelt voorop dat bestuursrechtspraak in historisch perspectief niet altijd op

⁴⁷ Zie J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1999; R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie Nijmegen), De Haag: BJu 2003.

even rationele wijze is geëvolueerd tot het systeem dat we in de Awb kennen. Uitgangspunt van het systeem van bestuursrechtspraak is dat er – met reden – een *cultuur van de goede toegang* heerst. Met andere woorden: bestuursrechtspraak is toegankelijk voor de burger. Dat blijkt onder meer uit het feit dat de bestuursrechter ten opzichte van de burgerlijke rechter relatief actief wordt geacht, dat lagere eisen worden gesteld aan het aanwenden en onderbouwen van een rechtsmiddel ('beroepschrift'), dat er geen verplichte rechtsbijstand is en dat de griffierechten relatief laag zijn. De eis van toegankelijkheid houdt verband met het belangrijke grondbeginsel dat de overheid aan het recht gebonden is. Dat beginsel kan slechts optimaal tot zijn recht komen indien het de burger niet moeilijk wordt gemaakt zijn geschil met de overheid voor te leggen aan een onafhankelijke rechter.

Polak vervolgt met het argument dat hij zelf aanduidt als de *afgeving van de verschillende deelbelangen*. De strekking van dat argument is dat het bestuursprocesrecht beter dan het civiele procesrecht is toegerust op de bestuursrechtelijke verhouding tussen burger, bestuur en de betrokken derde-belanghebbende(n). Het bestuursprocesrecht is afgestemd op de eigen karaktertrekken van die rechtsbetrekking doordat bijvoorbeeld de derde-belanghebbende een eenvoudige mogelijkheid wordt geboden om deel te nemen aan de procedure. Vooral voor het klassieke, ordenende bestuursrecht is dat van groot belang.

Als derde argument voert Polak het *instrumentarium* van de bestuursrechter op als argument voor aparte bestuursrechtspraak. Het instrumentarium betreft niet alleen de toetsingsnormen, maar ook de te treffen voorzieningen (uitspraakbevoegdheden). Ondanks dat in voorkomend geval de materiële normen waaraan getoetst wordt niet wezenlijk verschillen van de normen die een straf- of civiele rechter hanteert, dwingt de wenselijkheid van rechtszekerheid in het bestuursrecht tot een ook voor derden duidelijke uitspraak, waarbij met name wordt gedacht aan de vernietiging van het genomen besluit.

Tot slot noemt Polak het argument dat de bestuursrechters beschikken over deskundigheid op hun specifieke terrein. Kort en krachtig aangeduid als het *specialisatieargument*. Dat argument ziet vanzelfsprekend op de discussie aangaande de vraag of rechtsbescherming moet worden geboden door de gewone, civiele rechter of de bijzondere, bestuursrechter. Het specialisatieargument heeft in die discussie zeker gewicht, aldus Polak.

De in 2003 gepubliceerde oratie van Schlössels bevat enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter. Vanzelfsprekend refereert Schlössels aan de door Polak geponeerde argumenten vóór aparte bestuursrechtspraak, maar hij ontwaart daarin in de kern slechts twee hoofdargumenten: het *specialisatieargument*

en het argument van de *ongelijkheidscompensatie*. Voor het specialisatieargument is ook volgens Schlössels veel te zeggen, onder meer omdat het geldt als de dragende gedachte voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in Frankrijk. Gelet op de onder meer door de civiele rechter aangezwengelde rechtsontwikkeling in het Nederlandse bestuursrecht op het gebied van de marginale toetsing en de onrechtmatige en rechtmatige overheidsdaad, is op dat argument echter wel het nodige aan te merken. Bovendien kan ten aanzien van het schadevergoedingsrecht en het overeenkomstenrecht juist gesteld worden dat de civiele rechter daar specifieke deskundigheid bezit. Een principieel argument is het daarom niet. Als tweede wijst Schlössels op de ongelijkheidscompensatie in de bestuursrechtspraak. Dat zwaarwegende argument ziet op de toegang tot en de inrichting van de procedure. Rekening wordt gehouden met de principiële ongelijkheid tussen bestuur en burger. Ongelijkheidscompensatie betreft in de visie van Schlössels niet slechts de onderzoeksattitude van de rechter, maar het gehele stelsel van rechtsbescherming. Schlössels benadrukt dat die insteek niet louter in een besluitenprocesrecht opgeld doet, maar ook een belangrijk aspect is in een op meer subjectieve leest geschoeide procedure, zoals in een verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding. Juist omdat ongelijkheidscompensatie een belangrijk argument is vóór aparte bestuursrechtspraak, dient de jurisprudentie van de bestuursrechter waarin de partijautonomie benadrukt wordt en waarin processuele formaliteiten hoogtij vieren, kritisch gevolgd te worden.

Het derde argument dat door Schlössels nadrukkelijk naar de voorgrond wordt geschoven, betreft de *rechtseenheid*. Zo geldt voor het materiële recht dat van toepassing is op de aansprakelijkheid van de overheid voor onrechtmatig en rechtmatig handelen dat zowel bestuursrechter als civiele rechter een bijdrage leveren aan de ontwikkeling daarvan. Het is moeilijk voor te stellen dat die situatie de rechtseenheid goede diensten bewijst.

Tot slot wijst Schlössels op de emancipatie van het bestuursrecht: het *ontwikkelingsargument*. De redenering is dat de dogmatische en systematische ontwikkeling van het algemene bestuursrecht in Nederland lange tijd achter is gebleven bij bijvoorbeeld de ontwikkelingen in Frankrijk en Duitsland. Schlössels wijst op relatief recente jurisprudentie waarin door de bestuursrechters eigenzinnig leiding wordt gegeven aan de rechtsontwikkeling, waarbij juist de betrokkenheid van het algemeen belang invloed heeft op de interpretatie van het recht. Dat is een verworvenheid en een voordeel van aparte bestuursrechtspraak.

De VAR-Commissie Rechtsbescherming, waarin Polak en Schlössels beide zitting hadden, stelt dat het meest gebruikte en meest principiële argument voor afzonderlijke bestuursrechtspraak is dat bestuursrechtspraak ('toetsen van besluiten')

wezenlijk iets anders is dan civiele rechtspraak ('vaststellen rechtsverhouding'). Hoewel dat onderscheid kan worden gerelativeerd met voorbeelden uit het belastingrecht, leidt de gerichtheid van het bestuursprocesrecht op het besluit tot een andere inrichting van het proces, een andere attitude van de rechter en andere uitspraakbevoegdheden. Vervolgens wijdt ook de VAR-Commissie enige woorden aan argumenten als de afweging van de verschillende deelbelangen, de cultuur van de goede toegang, de ongelijkheidscompensatie en de noodzaak van specialisatie. Een toevoeging wordt gevonden in het argument van de 'checks and balances'. Hoewel dit argument nauw samenhangt met het specialisatieargument, brengt het naar de voorgrond dat een van de voordelen van afzonderlijke bestuursrechtspraak kan zijn dat niet één rechterlijke instantie te veel macht krijgt. Aldus bezien fungeert aparte bestuursrechtspraak als waarborg voor het evenwicht tussen de verschillende staatsmachten.⁴⁸

Vanzelfsprekend zijn er ook argumenten tegen uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter. Een belangrijk argument lijkt dat met de huidige rechtsmachtverdeling wordt aangesloten bij een lange traditie. Dat heeft echter weinig overtuigingskracht omdat het in wezen neerkomt op principe-conservatisme en een systeem in stand wil houden dat tot ongewenste resultaten leidt.⁴⁹ Ook geldt als argument dat de bestuursrechtspraak door verbreding van de rechtsmacht zal worden geconfronteerd met een ontoelaatbare toename van de werkdruk. Reactie daarop is vanzelfsprekend dat de toename gepaard zal gaan met een afname van het aantal procedures bij de civiele rechter. Andersoortig argument is dat bij sommigen, met name bij bestuurders, wantrouwen leeft ten aanzien van de bestuursrechtspraak in het algemeen ('juridiseringsdiscussie'). Maar ook wordt – bijvoorbeeld door Schlössels – gerefereerd aan het serieuze bezwaar dat waarborgen voor de burger in de bestuursrechtspraak minder zouden zijn (geworden) dan in de civiele rechtspraak. Dat argument tegen rechtsmachtuitbreiding ziet niet op de wettelijke regeling van het bestuursprocesrecht, maar op de formalistische toepassing van dat procesrecht in de praktijk. Hoewel naar ons oordeel de belangrijkste uitwassen van de formalistische benadering in de jurisprudentie zijn weggenomen, tonen de argumenten dat aan enkele wezenlijke randvoorwaarden moet zijn voldaan wil men de 'dekkingsgraad' van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming vergroten. Gedacht kan dan ook worden aan de

⁴⁸ Zie VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJu 2004, p. 34 e.v.

⁴⁹ Ch.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsvergelijking tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Den Haag: BJu 2009, p. 23-24.

noodzaak dat het bestuursprocesrecht voldoende geëquipeerd is om geschillen binnen een redelijke termijn finaal te beslechten. Ook is van belang dat de institutionele structuur van de bestuursrechtspraak voldoet aan de behoefte van specialisatie en rechtseenheid.⁵⁰

2.3.2.3 Naar een gecontroleerde uitbreiding van de rechtsmacht

Daar waar veel auteurs op goede gronden principieel van oordeel zijn dat aparte bestuursrechtspraak alle aspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking zou moeten betreffen,⁵¹ blijkt dat de rechtsonzekerheid die inherent is aan het gebruik van een nieuw begrip ter afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter met zich brengt, zich in zekere mate verzet tegen de daadwerkelijke uitvoering van de principiële overtuiging. Onder meer omdat het de vraag is of de eventueel gewenste competentiegrondslag ('bestuursrechtelijke rechtsbetrekking') in de praktijk werkbaar zal zijn. Daarbij is toch ook steeds discussiepunt wanneer dan sprake is van een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. De gevolgen van het loslaten van het besluitbegrip en het invoeren van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als bevoegdheidsgrondslag voor de bestuursrechtspraak lijkt onvoldoende inzichtelijk gemaakt te kunnen worden. Dat weerhoudt vele auteurs ervan om te pleiten voor onmiddellijke realisering van een principieel gewenste en systematisch passende rechtsmachtverdeling. In die zin vormt Backes een uitzondering door samen met Jansen de problemen van het invoeren van een dergelijke afbakening te relativeren.

'Dat deze grens stof voor veel beschouwingen geeft en wellicht nooit volstrekt waterdicht te maken is, wil niet zeggen dat een daarop berustende afbakening van bevoegdheid tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter bij voorbaat onbruikbaar of bijzonder problematisch is. De problemen die, althans in de theorie, in landen als het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Duitsland bestaan om een scherpe grens te trekken welk handelen van de overheid een

⁵⁰ Hoewel over de wenselijkheid van verdergaande integratie van de bestuursrechtspraak in de rechterlijke organisatie discussie mogelijk is, heeft de regering in 2004 aangegeven dat de huidige structuur volstaat en in beginsel wordt gehandhaafd, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 25 425, nr. 7, waarin wordt uitgelegd dat niet wordt gekozen voor een van de drie scenario's die waren geschetst in *Kamerstukken II* 2000/01, 26 352, nr. 47 ('Keuzen voor de bestuursrechtspraak'). Wel werd toen uitgesproken dat wordt nagedacht over een rechtseenheidvoorziening en over het versterken van de mogelijkheden van definitieve en effectieve geschillenbeslechting binnen de bestuursrechtspraak.

⁵¹ Waarbij overigens relevant is dat de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken onderdeel uitmaken van de gewone rechterlijke macht.

publiekrechtelijk, en welk handelen een privaatrechtelijk karakter heeft, zijn lange tijd aangevoerd als argument om in Nederland niet voor een dergelijke vastlegging van de magische grens te kiezen. Dat een dergelijke formule in de praktijk tamelijk geruisloos en zonder problemen kan werken, ontkracht ons inziens dit hoofdargument tegen de keuze voor een principiële verruiming van de toegangspoort naar de bestuursrechter en de keuze voor een principiële versmalling van de toegangspoort naar de burgerlijke rechter'.⁵²

Zij pleiten vervolgens voor een 'integrale verbouwing' als het gaat om de bevoegdheid van de bestuursrechter teneinde te komen tot een volwaardige bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Problemen liggen op de loer als het gaat om twee aspecten van de rechtsmacht van de bestuursrechter in die gewenste afbakening ten opzichte van de rechtsmacht van de civiele rechter. Het eerste is of men inderdaad de bestuursrechter in één keer bevoegd wil maken te oordelen over alle deelaspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.⁵³ Het ligt volgens menigeen – waaronder ook Backes & Jansen – in de rede dat daarop toch (tijdelijk) uitzonderingen wenselijk zijn, bijvoorbeeld voor bestuursrechtelijke overeenkomsten, omdat nog onvolgende doordacht is wat daaronder zou moeten worden verstaan. Het tweede aspect is de vraag op welke wijze de rechtsbescherming gestroomlijnd zou moeten worden. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat de burger ter zake van elke feitelijke handeling en elke rechtshandeling een aparte bestuursrechtelijke procedure zou kunnen beginnen. Het aantal mogelijke rechtsbeschermingsmomenten zou te groot worden. Zodra gedacht wordt aan het beperken van die momenten, komt (een vorm van) het besluitbegrip al snel (weer) in beeld. Alleen al op grond van deze argumenten achten wij een integrale verbouwing niet onmiddellijk aantrekkelijk. Veelbelovend – en politiek gezien wellicht ook beter haalbaar – is wat ons betreft de gecontroleerde uitbouw van het bestaande systeem. Geen integrale verbouwing, maar bijgebouwtjes dus. Dat betekent dat de rechtsmacht van de bestuursrechter geleidelijk zou moeten worden verruimd en dat met de verruiming ook steeds een passende rechtsingang en geschikte uitspraakbevoegdheden moeten worden gekozen. Wel benadrukken wij hier nogmaals dat een

⁵² Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de 'besluiten-Awb'', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 91-92.

⁵³ Ch.W. Backes & A.M.L. Jansen, 'De wederkerige rechtsbetrekking als panacee voor de gebreken van de 'besluiten-Awb'', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 94.

overtuigde keuze voor aparte bestuursrechtspraak inhoudt dat (uiteindelijk) alle geschillen over alle aspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking moeten worden toebedeeld aan de bestuursrechter.

De regering heeft recent aangegeven dat de rechtsmacht van de bestuursrechter niet zal worden verbreed tot algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.⁵⁴ Gronden voor die conclusie zijn dat gevreesd wordt voor verstoring van het evenwicht tussen bestuur en rechter en dat de controle op bestuurlijke regelgeving (primaire) behoort bij de democratisch gelegitimeerde overheidslichamen. Daarnaast geldt dat het openstellen van beroep op deze regelgeving zal leiden tot rechtsonzekerheid voor bestuursorganen ten aanzien van de geldigheid van de algemene regels. Tot slot vreest de regering een ongewenste toename van het aantal zaken bij de bestuursrechter. Wij achten deze argumenten met Schuurmans & Voermans, maar ook bijvoorbeeld Schueler,⁵⁵ weinig overtuigend en zijn van oordeel dat er goede redenen zijn voor de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot deze vorm van overheidshandelen. Uitbreiding van de rechtsmacht tot deze overheidshandelingen is in de nabije toekomst niet te verwachten.⁵⁶ Voor de vraag of de bestuursrechter ook bevoegd moet worden om te oordelen over overeenkomsten in het kader van de uitoefening van een bestuursrechtelijke bevoegdheden of publieke taken, geldt dat zelfs de op dit moment meest uitgesproken voorstanders van een integrale verbouwing van het bestuursprocesrecht, zoals Backes & Jansen, voor die categorie van overheidshandelingen een (tijdelijke) uitzondering willen maken. Het ligt dan ook niet direct

⁵⁴ Ingevolge het amendement Jurgens/Biesheuvel (*Kamerstukken II* 1992/93, 22 495, nr. 19 of *PG Awb II*, p. 387) zou art. 8:2 Awb, waarin de beperking van het beroepsrecht is opgenomen, vervallen per 1 januari 1999, maar Art. IVA aanhef en onder 2 van de overgangs- en slotbepalingen bij de Awb is gewijzigd zodat de bepaling zal vervallen bij een bij wet te bepalen tijdstip. Inmiddels stelt het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 450, nr. 2, p. 6) onder verwijzing naar het kabinetsstandpunt inzake de tweede evaluatie van de Awb (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 16 blz. 12-13) voor om het beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels definitief uit te sluiten.

⁵⁵ B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.E.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 138-139.

⁵⁶ Zie relativerend daarover R.M. van Male, 'Een hardnekkig misverstand: bestuurswetgeving is niet toetsbaar door uitsluiting van beroep bij de bestuursrechter', *NTB* 2011/4, 11. Nog altijd standvastig Y.E. Schuurmans & W.J.M. Voermans, 'Artikel 8:2 Awb: weg ermeel', in: T. Barkhysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 809 e.v.

voor de hand om een geleidelijke verbouwing te beginnen met deze categorie overheidshandelingen. Ten slotte kan gedacht worden aan de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter als het gaat om het toekennen van nadeelcompensatie wegens een rechtmatige overheidsdaad of schadevergoeding wegens een onrechtmatige overheidsdaad. Op de toekomstige rechtsmachtverdeling op dat punt komen wij in het onderstaande nog terug.

Wij menen dat in de nabije toekomst gewerkt zou moeten worden aan een geleidelijke uitbouw van de bestuursrechtspraak voor rechtsbescherming tegen handelingen en beslissingen die gerelateerd zijn aan een appellabel besluit. Uit het voorgaande komt naar voren dat principiële argumenten niet steeds doorslaggevend zijn in het Nederlandse rechtsbestel. Wellicht speelt daarbij ook een rol dat de door velen als belangrijk beschouwde argumenten voor het onderbrengen van geschillen bij de bestuursrechter, al met al onvoldoende indruk maken en voor de wetgever onvoldoende reden zijn om de op principiële en systematische gronden gewenste en te rechtvaardigen rechtsmachtverdeling tot stand te brengen. Van belang zijn met name andere, meer pragmatische (tegen)-argumenten. Slechts indien de uitbreiding of wijziging van de rechtsmacht kan worden gerelateerd aan een relevant maatschappelijk probleem of mankement, zal de wetgever willen optreden. Onder deze omstandigheden ligt het naar ons oordeel voor de hand te kiezen voor het uitbreiden van de rechtsmacht van de bestuursrechter met allereerst handelingen en beslissingen die nauw verweven zijn met de – in elk geval als bestuursrechtelijk aangeduide – appellabele besluiten; wij denken dan aan feitelijke handelingen en beslissingen ter voorbereiding, maar ook die ter uitvoering van een appellabel besluit. Ook de wens om de bestuursrechtspraak zo in te richten dat zij in staat is om geschillen tussen overheid en burger finaal te beslechten, geeft aanleiding tot die keuze.

De bestuursrechter is op dit moment in grote delen van het bestuursrecht louter bevoegd te oordelen over besluiten en de totstandkoming daarvan, terwijl het geschil voor partijen op zijn minst ook wordt gevormd door andere feitelijke handelingen en beslissingen die tussen bestuur en burger zijn voorgevallen. Niet alleen zou de rechtsmacht van de bestuursrechter moeten worden verbreed tot dergelijke het appellabele besluit omringende handelingen en beslissingen, maar ook dient nagedacht te worden over een bestuursrechtelijke procedure waarvan de inzet is dat het bestuursorgaan, of de rechtspersoon waarvan het deel uitmaakt, door de bestuursrechter wordt gedwongen hetzij een bepaalde handeling na te laten hetzij die juist te verrichten. Beargumenteerd kan worden dat het buitengewoon opmerkelijk is dat deze handelingen, waaronder bijvoorbeeld het verstrekken van inlichtingen en het beoordelen van de toepasselijke regelgeving

in een concreet geval, nu (soms) niet tot de rechtsmacht van de bestuursrechter behoren. De rechtsmachtverdeling is daardoor op dat punt complex, met name omdat het niet altijd even gemakkelijk is om te onderscheiden welke handelingen wel en welke niet gedekt worden door de formele rechtskracht van het appellabele besluit. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede. Met Van Angeren stellen wij vast dat het veel beter zou zijn 'de gedragingen in alle stadia voor, tijdens en na de totstandkoming van een besluit onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen'.⁵⁷

Wij benadrukken dat het afbakenen van de rechtsmacht van de bestuursrechter met behulp van het besluitbegrip, de burger duidelijkheid biedt. Gelet op de eis van schriftelijkheid en de regel dat een besluit slechts in werking treedt indien het is bekendgemaakt, is een besluit een voor de burger buitengewoon herkenbaar aangrijpingspunt voor het invoeren van rechtsbescherming. Dat moet niet onderschat worden. Het besluitbegrip biedt als het gaat om de toegang tot de bestuursrechtspraak, de inrichting van de procedure en de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter een duidelijk beeld voor de rechtzoekende burger. Loslaten van het besluit als entreebewijs voor de bestuursrechtspraak zal naar ons oordeel afbreuk doen aan de goede toegankelijkheid van de bestuursrechtspraak. Behoud ligt daarom voor de hand. Als dat uitgangspunt wordt gecombineerd met de wetenschap dat verbreding principieel gerechtvaardigd kan zijn, is de door ons bepleite 'gecontroleerde' uitbreiding van de rechtsmacht gerechtvaardigd. De gedachte dat enerzijds het besluitmodel behouden moet worden, maar dat anderzijds uitbreiding van de rechtsmacht gecombineerd zou moeten worden met het bieden van passende andere rechtsingangen, is overigens niet nieuw. De VAR-Commissie Rechtsbescherming sprak van het ontvlechten van procedures en Polak pleitte voor een duaal stelsel.⁵⁸ Ook Schlössels heeft oog voor het onderscheid dat kan worden aangebracht als hij stelt dat het wenselijk is om onderscheid te maken tussen 'echte' besluiten en 'strategische' besluiten en in het verlengde daarvan tussen het toetsen van besluiten en het bindend vaststellen van de rechtsverhouding tussen burger en bestuur in andere geschillen, waarin de bestuursrechtspraak individuele, inter-partes rechtsbescherming aanbiedt.⁵⁹

⁵⁷ J.A.M. van Angeren, 'Gemiste kansen in het Awb-project', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 214.

⁵⁸ Zie VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJu 2004, p. 77. Zie o.a. J.E.M. Polak in D. Allewijn e.a., 'Stelling. Het besluitbegrip in de Awb moet worden afgeschaft', *NJB* 2003/20, p. 1023.

⁵⁹ R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (oratie Nijmegen), BJu 2003, p. 54.

Vereist is dan wel dat volstrekt helder wordt in welke gevallen een besluit wordt getoetst aan het recht en in welke gevallen het vaststellen van de rechtsverhouding uitgangspunt zou (kunnen en) moeten zijn in de bestuursrechtspraak. Gelet op het perspectief van de wetgever en de maatschappelijke wens van efficiënte en effectieve geschillenbeslechting is het waarschijnlijk dat de meeste behoefte en aandacht in eerste instantie uit zal gaan naar feitelijke handelingen en beslissingen van het bestuur die nauw gerelateerd zijn aan een appellabel besluit, bijvoorbeeld de beslissingen en feitelijke handelingen ter voorbereiding en uitvoering van een besluit. Gelet op de aard van de handelingen en beslissingen waaraan wij hier refereren, menen wij dat hier vooral (ook) behoefte bestaat aan het creëren van de mogelijkheid van een bestuursrechtelijke voorlopige voorziening.

Vanwege de nauwe verwevenheid met een appellabel besluit, zou deze verbreding van de rechtsmacht in hoge mate een gecontroleerde zijn.⁶⁰ Gelet op de systemen van bestuursrechtspraak in Frankrijk en Duitsland waarin – kort gesteld – verschillende procedures worden voorgeschreven voor rechtsbescherming die is gericht op vernietiging van een besluit ('contentieux objectif' en 'Anfechtungs- en Verpflichtungsklage') en rechtsbescherming die op de bescherming van subjectieve rechten is gericht ('contentieux subjectif' en bijvoorbeeld de 'Leistungsklage'), zal de verbreding van de rechtsmacht van de Nederlandse bestuursrechter leiden tot een groeiende behoefte om het bestuursprocesrecht uit te breiden met gedifferentieerde procedurele regels op het punt van de inrichting van de procedure en de uitspraakbevoegdheden van de rechter. Dat zou afbreuk kunnen doen aan de uniformiteit die de Awb biedt en ook beoogt te bieden.

De uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter zou volgens Verheij moeten worden vormgegeven door een gezamenlijke inspanning van rechter en wetgever. Wij bezien in het onderstaande in hoeverre rechter en wetgever daaraan sinds 1994 invulling hebben gegeven.

2.3.3 De bestuursrechtelijke revolutie: nepbesluiten

In de jurisprudentie is wel degelijk een ontwikkeling aan te wijzen waarin tot uitdrukking komt dat de rechtsmacht van de bestuursrechter aan wijziging onderhevig is. Wij doelen op de (positief) strategische interpretatie van het

⁶⁰ Zie J.A.M. van Angeren, 'Gemiste kansen in het Awb-project', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 214, waarin overigens aandacht wordt gevraagd voor de alsdan te voorspellen problemen, zoals de afwezigheid van de mogelijkheid een voorlopige voorziening te vragen (voorafgaande aan het nemen van het besluit).

besluitbegrip. Het gaat hier om de neiging in de bestuursrechtspraak om het besluitbegrip op te rekken om tegemoet te komen aan de behoefte van de burger aan rechtsbescherming tegen de overheid. Hoewel de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming garandeert, wordt het besluitbegrip in bepaalde situaties als een te grote beperking voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming ervaren. De rechtsbeschermingsgedachte wint het in voorkomend geval van de dogmatiek aangaande het besluitbegrip van art. 1:3 Awb. In die gevallen kan met Konijnenbelt worden gesproken van een (positief) strategische interpretatie van het besluitbegrip,⁶¹ waardoor de competentie van de bestuursrechter wordt vergroot.⁶² Over het algemeen wordt aangenomen dat deze uitbreiding op twee fronten plaatsvindt: een strategische uitleg van enerzijds het begrip *rechtshandeling* en anderzijds het begrip *publiekrechtelijk*.⁶³ Beide komen in het onderstaande kort aan de orde.

2.3.3.1 Het zelfstandige schadebesluit

Gewezen kan worden op de – min of meer door de rechtbanken in Den Haag en Amsterdam geregisseeerde – jurisprudentielijn van de hoogste bestuursrechters die door Verheij al eens is aangeduid als de bestuursrecht(e)lijke revolutie. Beslissingen van bestuursorganen die voorheen tot het privaatrechtelijke vermogensrecht behoorden en in het bestuursrecht geen wettelijke grondslag hebben,⁶⁴ zijn in die lijn onder voorwaarden als bestuursrechtelijk besluit aan te merken.⁶⁵ Voorbeelden kunnen worden gevonden op het terrein van de onrechtmatige daad, de rechtmatige daad, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking.⁶⁶ Beslissingen die zien op deze leerstukken kunnen thans bestuursrechtelijke rechtsgevolgen hebben omdat deze zijn gebaseerd op een algemeen geldend rechtsbeginsel dat bestuursrechtelijk van

⁶¹ W. Konijnenbelt, 'Feitelijk een beschikking', *Gst.* (1985) 6801, p. 334; zie ook L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Bju 2010, par. 4.2.3.

⁶² R.J.N. Schlössels, 'Het besluitbegrip: doos van Pandora of hoofd van Medusa?', *NTB* 2000, p. 1 e.v.

⁶³ Zie ook F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, *Het Awb-besluit*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 25-59.

⁶⁴ ARRvS 18 november 1987, *AB* 1987/554 m.nt. Van Wijmen; ARRvS 10 mei 1993, *AB* 1993/490 m.nt. Van Wijmen.

⁶⁵ Hier kan ook gesproken worden van rechtvaststellende besluiten; zie ook F.J. van Ommeren, 'Op weg naar een publiekrechtelijk vermogensrecht', *NTBR* 1998, p. 115 e.v.

⁶⁶ Terugvordering en onverschuldigde betaling ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996/496 m.nt. Verheij, *JB* 1996/232 m.nt. Simon; ongerechtvaardigde verrijking ABRvS 26 augustus 1997, *AB* 1997/461 m.nt. Verheij.

aard is wanneer het zijn werking doet gevoelen in een door het publiekrecht beheerste rechtsverhouding: een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.⁶⁷

Zo wijst de Afdeling op het:

'algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden. Dit rechtsbeginsel is publiekrechtelijk van aard indien het zijn werking doet voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding. [...] Het rechtsgevolg waarop een beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade, veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, is gericht, is dat naar publiekrecht al dan niet een aanspraak op betaling van schadevergoeding wordt gevestigd.'⁶⁸

Op deze manier hebben de hoogste bestuursrechters vorm gegeven aan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking die bestaat tussen belanghebbende en bestuur. Voornaamste grond voor de jurisprudentielijn is, ook hier, het bieden van adequate rechtsbescherming aan belanghebbenden. De lijn zorgt voor het verschuiven van de magische lijn tussen publiek- en privaatrecht.⁶⁹ Vereist voor de toegang tot de bestuursrechtspraak is echter wel dat een voldoende verband bestaat tussen de eerdere uitoefening van een bestuursrechtelijke bevoegdheid en de bestreden beslissing. Enerzijds een verband tussen de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en de vaststelling van een (bestuursrechtelijke) aanspraak: de *materiële* connexiteit. Anderzijds een verband dat inhoudt dat in het verleden tegen de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid beroep bij de bestuursrechter mogelijk moest zijn: de *processuele* connexiteit. Door de acceptatie van de hierboven besproken categorie van beslissingen als besluiten in de zin van de Awb is de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter

⁶⁷ Zie ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996/496 m.nt. Verheij, *JB* 1996/232 m.nt. Simon; ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229 m.nt. Van Buuren; ABRvS 26 augustus 1997, *AB* 1997/461 m.nt. Verheij; CRvB 24 september 1997, *AB* 1997/431 m.nt. Penning.

⁶⁸ ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/ 229 m.nt. Van Buuren; vgl. CRvB 28 juli 1994, *AB* 1995/133 m.nt. Van Male, *JB* 1994/221 m.nt. Benetreu & Van der Ham, *RAwb* 1995/9 m.nt. Widdershoven; soortgelijke overwegingen over algemeen geldende rechtsbeginselen bestaan ten aanzien van de eerder genoemde voorbeelden.

⁶⁹ Zie de analyses in A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, vooral p. 22 e.v.

een feit.⁷⁰ Deze uitbreiding betreft in wezen een verruiming van hetgeen publiekrechtelijk van aard is door beginselen die voorheen werden geacht privaatrechtelijk van aard te zijn, aan te duiden als algemene beginselen die uitwerking krijgen in zowel het bestuursrecht als het privaatrecht. Ook hier bestaat een nauwe verwevenheid met appellabele besluiten. Omdat schade van burgers in veel gevallen echter ook is veroorzaakt door andere handelingen dan appellabele besluiten, blijft geschillenbeslechting op dat punt vaak opgeknapt.⁷¹ Terwijl de hier bedoelde algemene rechtsbeginselen in het privaatrecht een wettelijke regeling kennen, geldt dat het bestuursrecht voor het nemen van de besluiten waarin de rechtsbeginselen worden toegepast, geen wettelijke grondslag biedt. Met andere woorden: beginselen creëren bevoegdheden. Daarover is de grootste ophef ontstaan in de literatuur. Het legaliteitsbeginsel brengt immers met zich dat (in beginsel al het) overheidshandelen op de wet moet worden gebaseerd. Kortmann schrijft daarover het volgende.

'Hoe komt de Afdeling erbij dat rechtsbeginselen bevoegdheden (kunnen) scheppen? [...] Als rechtsbeginselen bevoegdheidscheppend kunnen zijn, is de beer los. Nauwkeurige attributie en delegatie van bevoegdheden kunnen de prullemand in.'⁷²

De rechtsvorming door de bestuursrechters staat derhalve op gespannen voet met het besluitbegrip en bovenal met het legaliteitsbeginsel.⁷³ Velen zien daarin

⁷⁰ Op het terrein van de schadevergoeding voor onrechtmatige daad accepteert de burgerlijke rechter op grond van art. 8:73 Awb een gedeelde rechtsmacht; zie HR 17 december 1999, *NJ* 2000/87 m.nt. Bloembergen, *AB* 2000/89 m.nt. Van Buuren waarin een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht wordt aangenomen. Voor de rechtmatige daad geldt die uitzondering niet, zie HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 616, m.nt. Scheltema, *JB* 2003/3 m.nt. Schlössels, *AB* 2004/17 m.nt. Van Buuren.

⁷¹ B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.E.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 117 e.v.

⁷² Zie het ernstige verwijt aan het adres van de Afdeling in C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327-1328; zie hieromtrent ook J.H. Nieuwenhuis, 'Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel', *RM Themis* 1997, p. 351-352.

⁷³ Zie over die problematiek H.J. Simon, 'De magische lijn en Windmill revisited', *NJB* 1998, p. 1667 e.v.; M.A. Heldeweg, Dimensies van overheidsbevoegdheid; ongeschreven en impliciete bevoegdheden, in: E.C.H.J. van der Linden, R.J.N. Schlössels & R.J.G.H. Seerden (red.), *Spectraal recht*, Den Haag: Sdu 1998, p. 61 e.v.

echter, zolang het bevoegdheden betreft die in het privaatrecht reeds bestonden, geen werkelijk probleem. Bedacht moet overigens worden dat – ondanks aanmoedigingen van Verheij en Vucsán – de bestuursrechters nog niet zover zijn gegaan dat ze aannemen dat er een algemeen rechtsbeginsel is dat impliceert dat rechtsgeldig gesloten overeenkomsten behoren te worden nagekomen.⁷⁴ Goed beschouwd is het echter vreemd dat het bestuursrecht geen regels geeft voor een ook in de bestuurspraktijk zo alledaagse activiteit als het maken van afspraken.⁷⁵ Dat neemt niet weg dat de rechtsmacht van de bestuursrechter enigszins lijkt te worden ontkoppeld van het dogmatische besluitbegrip. Met de strategische benadering van het besluitbegrip is een fundament gelegd voor geschilafdoening in de sfeer van de door het bestuursrecht beheerste rechtsverhoudingen.⁷⁶ De reden: het bieden van toegankelijke rechtsbescherming. In het onderstaande bespreken wij onder andere het initiatief van de wetgever om een specifieke procedure in het leven te roepen voor schadevergoeding wegens onrechtmatig overheidshandelen.

2.3.3.2 Het bestuurlijke rechtsoordeel

Het begrip rechtshandeling vereist in het bestuursrecht net als in het burgerlijk recht, een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (vgl. art. 3:33 en 3:59 BW). De publiekrechtelijke rechtshandeling doet een publiekrechtelijk rechtsgevolg ontstaan indien een bevoegd bestuursorgaan deze verricht. Ook treedt een rechtsgevolg in indien een bevoegd orgaan bindend vaststelt welke rechten, bevoegdheden of verplichtingen een belanghebbende heeft, respectievelijk wat de rechtstoestand van een zaak is.⁷⁷

Problemen bestaan niet zozeer ten aanzien van *rechtvaststellende besluiten*, zoals het vaststellen van een belastingaanslag of een verkiezingsuitslag,⁷⁸ maar wel als het

⁷⁴ Zie F.J. van Ommeren, 'Op weg naar een publiekrechtelijk vermogensrecht', *NTBR* 1998, p. 115 e.v.; R.L. Vucsán, Bestuurs(proces)recht, *AA Katern* 1999, p. 3607.

⁷⁵ N. Verheij, 'Een eigen recht(er)', in: A.J.C. de Moor-Van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 71.

⁷⁶ R.J.N. Schlössels, 'Het besluitbegrip: doos van Pandora of hoofd van Medusa?', *NTB* 2000, p. 4; S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: BJu 2002, p. 77-93.

⁷⁷ H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Het rechtvaststellend besluit onder de loupe', *Gst.* (1999) 7092, p. 89 e.v.; zie ook S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: BJu 2002, p. 52-61.

⁷⁸ De charme van het betoog dat een zelfstandig schadebesluit eveneens een rechtvaststellend besluit is, laten wij hier rusten, zie D.W.P. Ruiter, 'Zelfstandige schadebesluiten: rechtschepping of rechtvaststelling?', *NTB* 1998, p. 281 e.v.

gaat om *bestuurlijke rechtsoordelen*.⁷⁹ Een bestuurlijk rechtsoordeel is een oordeel van een bestuursorgaan over de interpretatie voor een concreet geval van publiekrechtelijke voorschriften, waarvan de toepassing tot de bevoegdheden van dat bestuursorgaan behoort.⁸⁰ Omdat een dergelijk oordeel niet gericht is op rechtsgevolg, is strikt genomen geen sprake van een rechtshandeling. Daarom geldt als uitgangspunt dat geen sprake is van een besluit in de zin van de Awb. Door in voorkomend geval te oordelen dat adequate bestuursrechtelijke rechtsbescherming eist dat sprake is van een appellabel besluit of dat de handeling daarmee gelijkgesteld moet worden, omzeilt de bestuursrechter een dogmatische verhandeling over het begrip rechtshandeling. Deze benadering wordt echter slechts gevolgd indien een bestuurlijk rechtsoordeel een zelfstandig, definitief karakter heeft en er slechts een onredelijk bezwarende mogelijkheid bestaat om het rechtsoordeel indirect in een procedure tegen een ander besluit bij een rechter aan de orde te stellen.⁸¹ Met name geldt dat als de vraag naar de uitleg van de toepasselijke regelgeving ook kan worden opgeworpen in een vergunning-procedure zelf, er geen beroep kan worden ingesteld tegen een voorafgaand bestuurlijk rechtsoordeel. De jurisprudentie laat een tamelijk casuïstisch beeld zien, maar duidelijk is dat de rechtsmacht door de bestuursrechter wordt verruimd door niet steeds vast te houden aan de restrictieve dogmatische interpretatie van het besluitbegrip.⁸² De civiele rechter treedt in een dergelijk geval ook terug

⁷⁹ D.W.P. Ruiter, 'Zelfstandige schadebesluiten: rechtschepping of rechtvaststelling?', *NTB* 1998, p. 281 e.v.; R.J.N. Schlössels, 'Rechtschepping of rechtvaststelling: het bestuurlijk rechtsoordeel als 'revolutionair' ontvankelijkheidsconcept?', *NTB* 1999, p. 28-31.

⁸⁰ Indien het oordeel tevens inzicht geeft in de gevolgen van de toepasselijke voorschriften, komt het onderscheid met rechtvaststellende beslissingen te vervallen; zie F.J. van Ommeren, 'Wetsinterpretatie: het bestuurlijk oordeel als rechtvaststellend besluit?', *JBplus* 2000, p. 113 e.v.; J.M.H.F. Teunissen, 'Het bestuurlijk rechtsoordeel als besluit', *Gst.* (1998) 7077, p. 309 e.v. over ABRvS 15 september 1997, *Gst.* (1998) 7077, 10 m.nt. Teunissen; ABRvS 22 december 1997, *Gst.* (1998) 7077, 11 m.nt. Teunissen.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 4 oktober 1995, *JB* 1996/2 m.nt. Seerden.; ABRvS 1 april 1996, *Gst.* (1998) 7068, 5 m.nt. Teunissen; ABRvS 15 september 1997, *Gst.* (1998) 7077, 10; het CBb spreekt van 'onevenredig belastend' in CBb 21 juli 1998, *AB* 1998/437 m.nt. J.H. van der Veen; zie ook P. Houweling & R. Uylenburg, 'Het rechtsoordeel over de melding in het milieu- en ruimtelijk orderingsrecht', *NTB* 1998, p. 253 e.v.; A.A.J. de Gier, 'De meldingsplicht in de Woningwet en het bestuurlijk oordeel als besluit', *Gst.* (1998) 7068, p. 33 e.v.

⁸² Een vergelijkbare discussie bestaat over de vraag of beslissingen over het al dan niet gedogen, moeten worden beschouwd als besluiten in de zin van de Awb, zie recent ABRvS 9 maart 2011, *AB* 2011/104 m.nt. F.R. Vermeer; zie ook F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010, p. 199 e.v.

en geeft geen verklaringen voor recht indien over een oordeel van het bestuur daaromtrent kan worden geprocedeerd bij de bestuursrechter.⁸³ In de gevallen waarin de bestuursrechter nu uitspreekt dat een bestuurlijk rechtsoordeel niet een appellabel besluit is of daaraan gelijk kan worden gesteld, is de civiele rechter bevoegd om daarover een oordeel te vellen. Gelet op de materie waarover dat bestuurlijk rechtsoordeel logischerwijs gaat, is dat opmerkelijk.

Naar ons oordeel heeft de bestuursrechter hier zijn rechtsmacht opgerekt tot aan de grens van wat hij vermag en kan van hem – mede gelet op de keuze van de wetgever om de bestuursrechter niet de bevoegdheid te geven declaratoire uitspraken te doen – niet meer worden verlangd. In het licht van onze conclusie dat het voor de hand ligt om bestuursrechtspraak open te stellen om rechtsbescherming te bieden ten aanzien van handelingen en beslissingen van het bestuur die worden verricht en genomen in het kader van het nemen van een appellabel besluit, spreekt ons de benadering van de bestuursrechters aan, maar zou het wenselijk zijn als de wetgever daarvoor ook daadwerkelijk een keuze maakt, bijvoorbeeld in de vorm van een regeling waarin declaratoire beslissingen van bestuursorganen gelijk worden gesteld aan besluiten. Met een dergelijke, de rechtsmacht verruimende regeling zal voor de rechtsbescherming niet langer doorslaggevend zijn of sprake is van een situatie waarin het wachten op een 'echt' besluit onredelijk bezwarend is. Wel zou zoals gebruikelijk relevant moeten zijn of voldoende procesbelang bestaat bij de beoordeling van een dergelijke declaratoire beslissing. Wij zouden met Pront-van Bommel menen dat onvoldoende procesbelang bestaat als niets zich er tegen verzet om de burger te verplichten te wachten op het nadere, appellabele besluit waarmee zijn rechtspositie daadwerkelijk wordt vastgesteld.⁸⁴ Overigens zou een en ander ook betekenen dat tegen het weigeren of niet tijdig nemen van een dergelijk rechtsoordeel eveneens rechtsbescherming zou moeten openstaan.

Wij vragen aandacht voor twee aspecten van de hier bedoelde verruimde rechtsmacht. Het eerste is dat het naar ons oordeel niet zo mag zijn dat een procedure tegen een bestuurlijk rechtsoordeel leidt tot een 'kale' vernietiging van dat oordeel. In een procedure tegen een bestuurlijk rechtsoordeel moet de bestuursrechter zijn oordeel steeds in de plaats stellen van dat van het bestuur. Een beroepschrift-procedure tegen een bestuurlijk rechtsoordeel (als ware het een besluit) biedt daartoe weliswaar mogelijkheden, maar garandeert dat niet zonder nadere regel-

⁸³ Tenzij er sprake is van onmiskenbare onjuistheid van het oordeel, zie *HR* 27 oktober 2000, *JB* 2001/1, NJ 2006/271.

⁸⁴ S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: BJu 2002, p. 56.

geving. Nagedacht moet worden over een procedurevorm waarin een dergelijk oordeel is gewaarborgd. Het komt ons overigens voor dat ook steeds een inhoudelijk oordeel van de rechter zou moeten volgen in de procedure tegen het weigeren of niet tijdig geven van een bestuurlijk rechtsoordeel. Het tweede aspect is dat de door ons voorgestane uitbreiding gepaard zou moeten gaan met de mogelijkheid een voorlopige voorziening te vragen over een gegeven bestuurlijk rechtsoordeel. Die voorlopige rechtsbescherming lijkt een belangrijke en gewenste aanvulling op de rechtsmacht van de bestuursrechter. Sterker, in plaats van een wettelijke regeling waarin het bestuurlijk rechtsoordeel wordt gelijkgesteld met een besluit, kan ook gedacht worden aan het verruimen van de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen door de connexiteitseis los te laten voor gevallen waarin zwaarwegende belangen het aanvragen van een voorlopige voorziening aan de bestuursrechter rechtvaardigen en tevens een duidelijk verband bestaat met een toekomstig appellabel besluit.

2.3.4 Initiatieven van de wetgever: effectieve rechtspraak als lichtend baken

Nu de focus niet langer lijkt te liggen op de vraag of het besluitbegrip als toegangsbewijs voor de bestuursrechtspraak moet worden losgelaten ten faveure van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, maar veeleer op de vraag of naast het besluit als entreebewijs nog andere toegangskaatjes beschikbaar zouden moeten worden gesteld, is het zinvol te bezien in hoeverre het huidige bestuursprocesrecht daarin reeds voorziet. De wetgever heeft zich als reactie op signalen uit de rechtspraktijk en de samenleving ten aanzien van twee categorieën van geschillen ingespannen om de toegang tot de bestuursrechtspraak voor de burger te verbeteren. Het betreft de reeds ingevoerde procedure tegen het niet tijdig *handelen* van bestuursorganen en de toekomstige zelfstandige verzoekschrift-procedure voor schadevergoeding wegens onrechtmatige (appellabele) besluiten.

2.3.4.1 Beroep tegen niet tijdig handelen

In de afgelopen jaren is duidelijk geworden dat tijdigheid in het openbaar bestuur en de rechtspleging van groot maatschappelijk belang is. Uitgangspunt moet zijn dat burgers binnen de bij wet gestelde termijn een reactie mogen verwachten van bestuur en/of rechter. Ten aanzien van de tijdigheid van besluitvorming door bestuursorganen, voorziet de Awb sinds 1994 in rechtsbescherming. Reageert het bestuur niet binnen een bij wet gestelde termijn op een aanvraag om een besluit, dan dient rechtsbescherming open te staan. Artikel 6:2 onder b Awb regelt die mogelijkheid. Dat beroepsrecht is dus niet nieuw en ziet in feite op het niet tijdig handelen, dat kan worden geduid als een feitelijke gedraging. Ook hier geldt dat een nauwe band dient te bestaan tussen het niet tijdig handelen en een nog te

nemen appellabel besluit.⁸⁵ Voor de bepalingen omtrent bezwaar en beroep wordt het niet tijdig beslissen omtrent een appellabel besluit gelijk gesteld met een besluit. Een wezenlijk andere rechtsgang betreft het hier dan ook strikt genomen niet. Wij willen op deze plaats echter wel benadrukken dat het geschil dat aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd niet een geschil over een besluit is.⁸⁶ Opmerkelijk is met name dat – sinds een meer recente wetswijziging – ook de wijze waarop het geschil door de burger moet worden aangebracht afwijkt van de gebruikelijke rechtsgang.⁸⁷ Hoewel bijzonder is dat de burger geen bezwaar kan indienen alvorens hij de bestuursrechter kan benaderen, is het meest in het oog springende voor dit onderzoek dat is gekozen voor een nieuwe ontvankelijkheidsvoorwaarde voor het instellen van het beroep. Het bestuursorgaan dient door de eiser in gebreke te zijn gesteld en daarna moeten twee weken zijn verstreken (art. 6:12 Awb). In hoofdstuk 8 van de Awb is een specifieke afdeling ingevoerd over het beroep tegen het niet tijdig *handelen* (waaronder ook het niet tijdig bekendmaken van een van rechtswege verleende beschikking valt).⁸⁸ Dat betreft afdeling 8.2.4a Awb, waarin onder meer is bepaald dat een beroep tegen het niet tijdig beslissen binnen acht weken tot een uitspraak moet leiden. De enige vraag die 'inhoudelijk' in die procedure aan de orde is, is of er inderdaad niet tijdig is gehandeld. Indien het beroep gegrond wordt verklaard ('er is niet tijdig gehandeld'), wordt het niet tijdig handelen 'vernietigd' onder het stellen van de verplichting om op straffe van een dwangsom binnen een bepaalde (korte) termijn alsnog te beslissen op de aanvraag (of om de van rechtswege gegeven beschikking bekend te maken).

Gelet op het maatschappelijke belang dat wordt gehecht aan tijdige besluitvorming, is de wetgever bereid geweest om buiten de gebaande paden na te denken over het creëren van een specifieke rechtsgang. Geconstateerd kan echter worden dat de ingevoerde rechtsgang – hoewel innovatief als het gaat om de verplichte ingebrekestelling en de tijd die moet worden gewacht alvorens het recht op toegang tot de bestuursrechter kan worden geëffectueerd – op een geforceerde

⁸⁵ Sommige feitelijke gedragingen die zijn te kwalificeren als het niet tijdig handelen ter uitvoering van een genomen appellabel besluit, zijn ook onder de rechtsmacht van de bestuursrechter gebracht door een beslissing over een feitelijke gedraging als besluit aan te merken (zie art. 5:31a Awb).

⁸⁶ Van de materiële interpretatie van het niet tijdig beslissen (de fictieve weigering) stapten de bestuursrechters reeds in 1998 af, zie ABRvS 3 december 1998, *AB* 1999/107 m.nt. Michiels.

⁸⁷ Bedoeld wordt de invoering per 1 oktober 2009 van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen, zie de wijziging van art. 6:20 Awb: *Stb.* 2009, 383.

⁸⁸ Zie *Stb.* 2009, 503 (Dienstenwet).

manier aansluit bij het bekende vernietigingsberoep. Het uitspreken van een dictum waarin 'het niet tijdig beslissen wordt vernietigd', maakt dat duidelijk. Daarnaast kan worden gesteld dat voor de toegang tot de bestuursrechtspraak ten aanzien van het niet tijdig beslissen, bekendheid met de regeling is vereist. Het gevaar bestaat dat de burger net niet op de juiste wijze gebruik maakt van de regeling en vervolgens tot in hoogste instantie procedeert over de vraag of de formele regels over de toegang tot de bestuursrechter zijn nageleefd ('schriftelijke ingebrekestelling na overschrijding van de termijn' en 'twee weken wachten na ingebrekestelling').⁸⁹ Is echter eenmaal ontvankelijk beroep ingesteld, dan is de door de burger bepaalde omvang van het geschil ('is er niet op tijd beslist?') beperkt. Van de kant van de burger wordt derhalve inhoudelijk niet veel verlangd en de bestuursrechter stelt steeds vast of te laat is beslist.

2.3.4.2 Verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding

De andere categorie geschillen waarvoor geldt dat de regering, onder druk van juridische pleidooien en maatschappijbrede kritiek, bereid is gebleken een aparte rechtsgang te creëren, betreft een specifieke categorie van vermogensrechtelijke geschillen. In geschillen over het vergoeden van schade veroorzaakt door onrechtmatige appellabele besluiten bestaat vanuit het perspectief van rechtseenheid en toegankelijkheid een verre van ideaal systeem van gedeelde rechtsmacht tussen bestuursrechter en civiele rechter. Indien de schade mede is veroorzaakt door een niet-appellabele handeling, wordt de situatie er bovendien – eufemistisch gesteld – niet overzichtelijker op. Over de vergoeding van die schade is doorgaans juist de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen bij uitsluiting van de bestuursrechter. In de juridische literatuur en de rechtspraak is tegen deze situatie geageerd. Na een lange aanloop heeft de regering het wetsvoorstel ingediend voor een Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten.⁹⁰ Gelet op de jarenlange nadruk die van verschillende kanten is gelegd op de ongelukkige rechtsmachtverdeling en de ongelukkige rechtsingang inzake geschillen over het vergoeden van schade ten gevolge van onrechtmatige appellabele besluiten, zou het verschijnen van dit wetsvoorstel voor een belangrijk deel die juridische discussie kunnen doen verstommen.

Het ingediende wetsvoorstel kiest ten aanzien van de procedure over schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad voor een andere rechtsingang dan het beroep tegen een besluit en bovendien voor het – in een groot deel van de

⁸⁹ Zie bv. ABRvS 18 oktober 2010, *LJ/N* BO2903.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nrs. 2 en 3.

gevallen: exclusief – toewijzen van rechtsmacht aan hetzij de bestuursrechter hetzij de burgerlijke rechter. Het wetsvoorstel biedt alle bij de discussie betrokken gerechtelijke instanties een deel van die rechtsmacht. Het wetsvoorstel zorgt er waarschijnlijk ook voor dat het (politieke) draagvlak om op dit punt en op andere terreinen tot een (nog verder) verbeterde rechtsmachtverdeling te komen, zal afnemen. Daarmee lijkt het de weg te versperren voor een meer algemene en fundamentele overdenking van een wenselijke rechtsmachtverdeling.⁹¹ Kortom, het wetsvoorstel vormt in zekere mate een slot op de toekomstige ontwikkeling van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter en daarmee mede op de (door velen gewenste) ontwikkeling van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.⁹²

In dat verband is het aardig om op de oratie van Backes te wijzen. Die oratie bespreekt het *voorontwerp* Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten en moet worden gezien als een vurig betoog voor een (ver)beter(d)e overdenking van de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter in geschillen over schadevergoeding. Doel van het betoog was om het voorontwerp van tafel te krijgen. Zijn met argumenten gestaafde inspanningen zijn door Damen besproken onder de veelzeggende titel 'Trekken aan een dood paard?' en hebben de regering ook niet doen beslissen het wetsvoorstel niet in te dienen. Belangrijkste kritiekpunt op het voorontwerp betrof de keuze voor een (exclusieve) competentieverdeling die in hoge mate is ingegeven door pragmatische overwegingen. In elk geval sluit het voorstel op dat punt niet aan bij de gedachte dat de bestuursrechter bevoegd zou moeten zijn om te oordelen over alle geschillen waarin de burger vergoeding eist van schade die is veroorzaakt in een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.⁹³ Zo is de bevoegdheid van de Afdeling grotendeels gemarginaliseerd tot verzoeken waarin het schadebedrag een grens van (in het wetsvoorstel) € 25.000,- niet overschrijdt en de burger kiest voor de verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter. De keuze

⁹¹ Ch.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsvergelijking tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Den Haag: BJu 2009, p. 59.

⁹² J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing. Maar slot op de toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming', *NJB* 2007, p. 2018 e.v.

⁹³ L.J.A. Damen, 'Trekken aan een dood paard?', *ORA* 2010/3, 61, p. 119-123. Overigens laat niet alleen het vraagteken in de titel zien dat ook bij Damen nog een sprankje hoop bestaat op een verdere ontwikkeling. Damen kan het in de bespreking toch niet laten om de discussie nog even verder te helpen met een voorstel dat de burger en zijn geschil met de overheid centraal stelt, waarbij die burger in elk geval niet afgerekend wordt voor de antwoorden op de vragen met betrekking tot de rechtsmachtverdeling.

voor de exclusieve rechtsmacht van de burgerlijke rechter in veel zaken buiten het financiële bestuursrecht en ambtenarenrecht, moet in bestuursrechtelijk perspectief als een achteruitgang van de ontwikkeling worden gezien.⁹⁴ In 1994 werd het bij de invoering van artikel 8:73 Awb vanuit een oogpunt van efficiënte rechtsbedeling en rechtsbescherming aantrekkelijk gevonden dat de benadeelde in één en dezelfde procedure het besluit vernietigd en zijn schade vergoed zou kunnen krijgen. De wetgever stond toen een geleidelijke ontwikkeling voor ogen waarbij de bestuursrechter meer en meer zelf het schadevergoedingsaspect zou afdoen.⁹⁵ De nu gekozen competentieverdeling lijkt eerder een stap terug. Backes en Polak vrezen dat het aannemen van het nu ingediende wetsvoorstel een rem zal zetten op discussies over de (verbreding van de) rechtsmacht van de bestuursrechter voor de toekomst. Daarmee lijkt een door vele bestuursrechtjuristen beargumenteerde en langgekoesterde wens, namelijk de invoering in het bestuursprocesrecht van de verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding, te worden gecombineerd met een teleurstellend enge afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter ten opzichte van de burgerlijke rechter.

Hoewel voor het invoeren van een verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding vele argumenten genoemd kunnen worden,⁹⁶ lijkt een van de voornaamste te zijn de verbetering van de toegankelijkheid van de bestuursrechter. Althans, dat stelt het wetsvoorstel. Strikt genomen ziet de invoering echter niet op verbetering van de toegankelijkheid, maar met name op finale geschillenbeslechting *ex nunc*. Het wetsvoorstel ziet derhalve op effectieve en efficiënte geschillenbeslechting. Weliswaar hoeft geen besluit omtrent de aansprakelijkheid te worden afgewacht en geen bezwaarschriftprocedure te worden doorlopen, maar de schriftelijke aansprakelijkstelling van het bestuur is een belangrijke ontvankelijkheidsvoorwaarde van de verzoekschriftprocedure. Anders dan in het traditionele model waarin een door het bestuur genomen besluit ter toetsing wordt voorgelegd, *moet* de bestuursrechter in een verzoekschriftprocedure direct doorstoten naar de vraag waar het alle partijen werkelijk om te doen is: de aanspraak op schadevergoeding en de hoogte daarvan. Daarin ligt de voornaamste reden voor de afwijkende

⁹⁴ Zie E.J. Daalder & J.A.E. van der Jagt-Jobsen, Rechtsmachtverdeling, in: E.J. Daalder, M. Scheltema & E.J. Snijders-Storm (red.), *Wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn 2011, p. 18.

⁹⁵ *PG Awb II*, p. 474.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 32 e.v. Zie ook R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten. Verbeteringen op basis van een pragmatische visie of bevrozing van de rechtsontwikkeling', *Gst.* 2007, p. 503 e.v.

toegang tot de bestuursrechtspraak. Voor deze categorie van bestuursrechtelijke geschillen moet worden vastgesteld dat het besluitmodel verhult dat de bestuursrechter, net als de civiele rechter, in staat is de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur definitief vast te stellen. De scheiding der machten speelt in dergelijke geschillen geen rol.⁹⁷ Ook staat niets er aan in de weg dat de bestuursrechter relevante nieuwe feiten en omstandigheden meeneemt in zijn beoordeling. Aan de andere kant zou het hanteren van het besluitmodel de bestuursrechter er van kunnen weerhouden om dergelijke geschillen steeds definitief te beslechten.

De eis dat de bestuursrechter slechts bevoegd is kennis te nemen van het geschil over de schadevergoeding als een verband bestaat met een *appellabele* handeling, doorgaans een besluit, blijft evenwel gehandhaafd (zie het voorgestelde art. 8:88 lid 2 Awb). Alleen als het gaat om een 'onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit',⁹⁸ waarbij wordt gedacht aan ongevraagde adviezen, inlichtingen en toezeggingen, lijkt de rechtsmacht van de bestuursrechter te worden verbreed.⁹⁹ In de memorie van toelichting op het voorontwerp wordt over die nieuwe mogelijkheid het volgende gesteld.

'Daarbij kan worden gedacht aan de situatie dat de benadeelde met het oog op het verkrijgen van een bepaald besluit heeft voldaan aan door het bestuursorgaan gestelde eisen. Als de benadeelde later tegen het besluit opkomt en het besluit wordt vernietigd, kan hij ook de schade vergoed krijgen die hij heeft geleden doordat de betreffende eisen ten onrechte zijn gesteld. Artikel 8:88, onderdeel b, kan uitsluitend van toepassing zijn indien de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit is komen vast te staan.'

Feitelijk wordt vastgesteld dat de rechtsmacht van de bestuursrechter zich ook uitstrekt tot het toekennen van schadevergoeding voor feitelijke handelingen die in verband staan met de voorbereiding van appellabele besluiten. Wij wijzen er op dat het aan de bestuursrechter zal zijn om de onrechtmatigheid van dergelijke voorbereidingshandelingen vast te stellen en dat die vaststelling niet kan geschieden

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 41.

⁹⁸ Zie het voorgestelde art. 8:88 lid 1 onder b Awb, dat schijnbaar is gebaseerd op gevallen als in ABRvS 11 januari 2006, *JB* 2006/55 m.nt. Van Maanen (zie ook de annotatie onder ABRvS 7 juni 2006, *JB* 2006/229 m.nt. Schlössels & Albers). De consequenties van de bepaling zijn naar ons oordeel evenwel niet direct helder.

⁹⁹ De gedachte is dat sprake moet zijn van een onrechtmatig besluit zodat de leer van de formele rechtskracht onaangetaast blijft; de hier bedoelde handelingen vallen daar onder.

in de verzoekschriftprocedure zelf. De procedure tegen het besluit is daarvoor in beginsel de aangewezen procedure. Het bestuursprocesrecht kent geen procedure die is toegesneden op het vaststellen en uitspreken van de (on)rechtmatigheid van de andere handeling voorafgaand aan het nemen van het besluit dat wordt voorbereid. Strikt genomen kan de bestuursrechter op dat punt als enigszins gemankeerd worden beschouwd. Het vragen van bijvoorbeeld een bestuursrechtelijke voorlopige voorziening is immers slechts mogelijk indien de beslissing over de voorbereidingshandeling zou worden gekwalificeerd als een appellabel besluit waarvoor geldt dat artikel 6:3 Awb zich niet verzet tegen het instellen van beroep. Die situatie doet zich niet snel voor. Zeker niet als het gaat om een feitelijke gedraging van het bestuur, zoals het verstrekken van inlichtingen. Met Koeman kan men zich afvragen waarom het niet mogelijk is een voorziening te vragen met betrekking tot een nog te nemen besluit.¹⁰⁰ Ook Van Angeren lijkt dit gebrek te duiden als een gemiste kans in de Awb.¹⁰¹ Met de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter als het gaat om schadevergoeding, is eigenlijk niet goed te rijmen dat de bestuursrechter geen rechtsmacht zou hebben om de (on)rechtmatigheid van een andere handeling ter voorbereiding van een besluit te beoordelen, voorafgaand aan het nemen van het appellabele besluit. Op zijn minst lijkt hier de mogelijkheid te worden gemist om een bestuursrechtelijke voorlopige voorziening te vragen. Blijkbaar gebiedt de proces-economie in voorkomend geval dat de belanghebbende zich een onrechtmatige daad moet laten welgevalen en zich tevreden moet stellen met de mogelijkheid van schadevergoeding na een procedure tegen het nog in voorbereiding zijnde besluit.¹⁰² Er zijn goede gronden om serieus na te denken over de mogelijkheid om de hier bedoelde feitelijke handelingen ter voorbereiding van een besluit onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen, al was het maar het openstellen van de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen. Voor de procedurele beslissingen (art. 6:3 Awb) geldt een vergelijkbare overweging. Deze vaststelling brengt ons ook tot een andere constatering, die min of meer los staat van de opmerkingen over het hier besproken wetsvoorstel. De in het voorgaande bedoelde feitelijke gedragingen betreffen de gedragingen waarover de bestuursrechter, in het kader van het beroep tegen het besluit, rechtsmacht heeft.

¹⁰⁰ Zie N.S.J. Koeman, 'Het perspectief van de advocaat', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 123.

¹⁰¹ J.A.M. van Angeren, 'Gemiste kansen in het Awb-project', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 214-217.

¹⁰² In het geval het schadebedrag hoger is dan 25.000 euro en de ABRvS de bevoegde rechter zou zijn in de hoofdzaak, is de civiele rechter bevoegd te oordelen over de schadevergoeding.

Dat betekent onder meer dat de eventuele formele rechtskracht van het besluit ook geldt voor deze gedragingen.¹⁰³ Dat geldt bijvoorbeeld het verstrekken van inlichtingen die zozeer samenhangen met het beoogde besluit dat zij ten opzichte van het besluit een onzelfstandig karakter hebben.¹⁰⁴ Over de onrechtmatigheid van het verschaffen van inlichtingen die in dat opzicht onvoldoende samenhangen met het beoogde besluit, kan de burgerlijke rechter inhoudelijk oordelen.¹⁰⁵ Met Schlössels kan dit samenhangcriterium worden geduid als mistig, glibberig en ongrijpbaar.¹⁰⁶ Het criterium lijkt bovendien afhankelijk van de mate waarin het bestuursprocesrecht voldoende rechtsbescherming kan bieden tegen onrechtmatige voorbereidingshandelingen. Gedragingen zoals het geven van inlichtingen kunnen sterk gericht zijn op een nog te nemen, appellabel besluit. Zo kan het bestuursorgaan duidelijkheid verschaffen over voorwaarden waaraan moet worden voldaan voor het verkrijgen van een bepaald besluit. Van der Grinten stelt hierover dat uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak Kuipers/Valkenswaard valt 'af te leiden dat van de burger mag worden verlangd dat hij desnoods weigert aan de voorwaarde te voldoen teneinde de weigering van het door hem gewenste besluit te bewerkstelligen, waartegen hij dan bij de bestuursrechter op kan komen.¹⁰⁷ Hier is naar ons oordeel simpelweg behoefte aan meer bestuursrechtelijke rechtsbescherming in het traject voorafgaand aan het besluit. Met Schueler constateren we dat, als het gaat om toezeggingen, het verknippen van het geschil tussen burger en bestuur leidt tot wel erg ragfijne lijnen van juridisch vernuft; alleen het belang van het vasthouden aan de bestaande competentieverdeling kan gediend zijn met het opdelen van de rechtsmacht als het gaat om enerzijds het nakomen van een toezegging (bestuursrechter) en anderzijds de onrechtmatigheid van een toezegging (civiele rechter).¹⁰⁸ Het onderbrengen van beide geschillen bij de

¹⁰³ Gelet op HR 4 februari 1983, *NJ* 1985/21 m.nt. Scheltema; HR 16 mei 1986, *AB* 1986/573 m.nt. Van der Burg.

¹⁰⁴ Zie HR 9 september 2005, *AB* 2006/286 m.nt. Van Ommeren, *NJ* 2006/93 m.nt. Mok, *Gst.* (2006) 7249/61 m.nt. Timmermans, *JB* 2005/275 m.nt. Schlössels (Kuipers/Valkenswaard); M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', *O&A* 2006, p. 5.

¹⁰⁵ Zie bv. HR 2 februari 1990, *NJ* 1993/635 m.nt. Scheltema, *AB* 1990/223 m.nt. Kleijn (Staat/Bolsius); HR 7 oktober 1994, *NJ* 1997/174 m.nt. Scheltema, *AB* 1996/125 m.nt. Roozendaal (Staat/Van Benten).

¹⁰⁶ Zie HR 9 september 2005, *JB* 2005/275 m.nt. Schlössels.

¹⁰⁷ Vgl. J.H.A. van der Grinten, 'Het samenhangcriterium van Kuipers/Valkenswaard', *O&A* 2008, p. 225-238.

¹⁰⁸ B.J. Schueler, 'Aan de rechterlijke macht is opgedragen het verknippen van geschillen over publiekrecht en over schuldvorderingen', in: L.E.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 128 e.v.

bestuursrechter dient het belang van de rechtzoekende en naar ons oordeel ook dat van een begrijpelijke rechtsmachtverdeling en effectieve rechtsbescherming.

We keren terug naar het wetsvoorstel tot invoering van een zelfstandige¹⁰⁹ verzoekschriftprocedure. Dat wetsvoorstel zal een nieuwe titel 8.4 Awb invoeren waarin de bestuursrechter bevoegd wordt gemaakt op verzoek van een belanghebbende een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de schade die de belanghebbende lijdt of zal lijden als gevolg van een onrechtmatig besluit. Hoewel met een verzoekschriftprocedure in theorie een van de beroepsprocedure afwijkende bestuursrechtelijke procesregeling in het leven wordt geroepen,¹¹⁰ wordt in het wetsvoorstel volstaan met enkele procesrechtelijke bepalingen, die voornamelijk op de bevoegdheidsverdeling zien. Zoals gesteld, kan de verzoekschriftprocedure ook worden gevolgd als het gaat om een andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit, het niet tijdig nemen van een besluit en/of een andere onrechtmatige handeling waarbij een ambtenaar of een dienstplichtig militair belanghebbend zijn (zie het voorgestelde art. 8:88). Het verzoek kan zonder voorafgaande aanvraag en zonder bezwaarschriftprocedure direct worden ingediend bij de bevoegde bestuursrechter, mits de belanghebbende acht weken daaraan voorafgaand het betrokken bestuursorgaan schriftelijk heeft verzocht om vergoeding van de schade, tenzij dat redelijkerwijs niet van de belanghebbende kan worden gevergd.

De enkele wijziging van de rechtsingang brengt met zich dat niet een besluit van het bestuur door de bestuursrechter moet worden getoetst aan het recht, maar dat de bestuursrechter direct is geroepen om het recht op schadevergoeding, en daarmee de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger vast te stellen in zijn uitspraak op basis van de feiten en omstandigheden van het moment van de uitspraak.¹¹¹ Dat leidt er bovendien toe dat niet langer procedures tot in hoogste instantie kunnen worden gevoerd over de afwijzing van de schadevergoeding in verschillende besluiten waarin steeds wordt gekozen voor een andere grond om

¹⁰⁹ Zelfstandig omdat geen directe relatie hoeft te bestaan met een beroepsprocedure tegen een besluit, zoals het geval was in de toepassing van de artikelen 8:73 en 8:73a Awb. Het wetsvoorstel stelt voor deze bepalingen te laten vervallen.

¹¹⁰ R.J.N. Schlössels, 'De 'civilisatie' van het bestuursproces', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Een procesrecht?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 199 e.v.

¹¹¹ Opmerkelijk is wel dat art. 8:72a Awb nagenoeg hetzelfde (binnen het besluitmodel) bewerkstelligt voor besluiten waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd.

te komen tot de afwijzing.¹¹² Vergelijkbaar met de procedure in het geval van het niet tijdig handelen, moet het bestuursorgaan voorafgaand aan het indienen van het verzoekschrift door de gelaedeerde burger formeel aansprakelijk worden gesteld. Een besluit over de schadevergoeding hoeft niet aangevraagd of genomen te worden. Daarmee wordt dus ook afstand gedaan van enkele voordelen van het gebruik van het besluitbegrip. Gedacht kan worden aan de structurerende werking en de eenvoudige wijze waarop een burger zich tegen een besluit kan verzetten. Hoewel de schriftelijke reactie van een bestuursorgaan op de aansprakelijkstelling in veel gevallen een besluit in de zin van de Awb is, staat daartegen in de toekomst geen beroep meer open bij de bestuursrechter (zie het voorgestelde art. 8:4 lid 1 onder e Awb). Toetsing van een dergelijk besluit zal daarom niet aan de orde kunnen zijn in enige bestuursrechtelijke procedure. Over de betekenis die het genomen besluit in de verzoekschriftprocedure toch zou kunnen hebben, omdat het immers het standpunt van het bestuur over het verzoek weergeeft, laat de memorie van toelichting zich niet uit. In het geval het bestuursorgaan beslist schadevergoeding toe te kennen en de bestuursrechter tot de conclusie komt dat het verzoek moet worden afgewezen, ontstaat toch op zijn minst een voor de burger verwarrende situatie. Aangenomen moet worden dat de burger in die situatie recht heeft op het door het bestuursorgaan erkende schadebedrag.

De nieuwe rechtsingang eist logischerwijze dat een nieuwe, afzonderlijke uitspraak-bevoegdheid wordt geïntroduceerd. In een verzoekschriftprocedure kan de bestuursrechter het verzoek geheel of gedeeltelijk toewijzen en het bestuursorgaan veroordelen tot vergoeding van de schade. De bevoegdheid om het verzoek af te wijzen is impliciet gegeven. Nadrukkelijk wordt in de memorie van toelichting overigens gewezen op de naar onze mening relevante regel dat de bestuursrechter het verzoek zal aanhouden in die gevallen waarin hij de hoogte van de vergoeding nog niet kan vaststellen, bijvoorbeeld omdat nog onduidelijk is of causaal verband bestaat tussen het onrechtmatig geoordeelde besluit en de gestelde schade. Dat die situatie gedurende lange tijd kan bestaan,¹¹³ heeft de regering er niet toe

¹¹² Zo besliste de het college van B & W van de gemeente Ameland in de inmiddels beruchte Tijdelijk illegale Amelandse benzinepomp eerst dat er geen causaal verband bestond tussen het onrechtmatige besluit en de schade (ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005, 75 m.nt. Red), vervolgens dat er niet voldaan was aan het relativiteitsvereiste zoals neergelegd in artikel 6:163 BW (ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/213 m.nt. Van Ravels & A.M.L. Jansen, *JB* 2009/42 m.nt. Albers) en tot slot dat de schade niet aannemelijk was gemaakt. Op 14 juni 2011 oordeelde de Rb. Leeuwarden (*LJN* BQ8228) dat een deel van de schade wel aannemelijk was geworden en kende die schadevergoeding toe.

¹¹³ Zie ook de reactie van de ABRvS op het voorontwerp, dat als bijlage is aangehecht aan *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3.

bewogen om daarover meer helderheid te geven. Aanhouden is in die gevallen dus het devies. Gelet op de vele bepalingen uit hoofdstuk 6 en 8 Awb die in de voorgestelde titel 8.4 Awb van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de verzoekschriftprocedure, heeft de regering klaarblijkelijk vertrouwen in de uniforme inrichting van het bestuursproces (zie het voorgestelde art. 8:94 Awb). De wens van uniformiteit, die overigens op vergelijkbare wijze opgeld doet in het burgerlijk procesrecht, heeft de regering er enerzijds niet van weerhouden een aparte procedure in te voeren, maar leidt er anderzijds wel toe dat aansluiting wordt gezocht bij de bestaande bestuursprocesrechtelijke regels. Het is naar ons oordeel opmerkelijk dat het wetsvoorstel geen expliciete aanvullende bepalingen over het bewijsrecht in de verzoekschriftprocedure kent, ondanks dat dat gemis voor de Raad van State expliciet aanleiding was om exclusieve rechtsmacht voor de bestuursrechter af te wijzen.¹¹⁴ Over de verhoging van het verzoek tot schadevergoeding stelt de memorie van toelichting bij het voorgestelde artikel 8:92 Awb dat de verzoeker de mogelijkheid heeft om het verzoek aan te passen tot aan de zitting. Duidelijk is evenwel dat de door Van Buuren voorziene noodzaak om met de invoering van een bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure de Awb uit te breiden met (vele) nieuwe regels, niet door de regering wordt onderkend. Daarmee krijgt de bestuursrechter een belangrijke verantwoordelijkheid om de procedurele bepalingen te duiden en daaraan kleuring te geven.

Zoals blijkt uit het voorgaande is de keuze voor een verzoekschriftprocedure onder meer ingegeven door de wens een heldere rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter te realiseren en door de wens om, indien de bestuursrechter bevoegd is, de burger een vorm van effectieve, finale geschillenbeslechting aan te bieden die op zijn minst evenwaardig is aan de civiele procedure. De eigen aard van de bestuursrechtspraak lijkt in de overwegingen die hebben geleid tot de invoering van deze verzoekschriftprocedure geen (belangrijke) rol te hebben gespeeld. De eigen aard van die procedure in vergelijking met bijvoorbeeld de civielrechtelijke procedure wordt dan ook niet benadrukt. In tegendeel. Het wetsvoorstel ademt de geest dat nauwelijks tot geen onderscheid mag bestaan tussen de inrichting van de procedure in het civiele procesrecht en de verzoekschriftprocedure in het bestuursprocesrecht. De 'cultuur van de goede toegang' is in het wetsvoorstel wellicht terug te vinden

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 4, p. 8; zie ook J. Dijkgraaf & A.C. Rop, 'Geen regeling van bewijsrecht in de verzoekschriftprocedure: een gemiste kans?', in: E.J. Daalder, M.W. Scheltema & E.J. Snijders-Storm (red.), *Wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn 2011, p. 63 e.v.

in de afwezigheid van een beroepstermijn voor het indienen van een verzoekschrift. In dit soort geschillen, waarin geen derde-belanghebbenden zijn betrokken, zijn korte beroepstermijnen ook niet (langer) gerechtvaardigd.¹¹⁵ Ook kan de goede toegang of de ongelijkheidscompensatie wellicht worden teruggevonden in de toepassing van artikel 8:92 van het wetsvoorstel, waarin de eisen worden opgesomd waaraan het verzoekschrift moet voldoen. Omdat artikel 6:6 Awb van overeenkomstige toepassing is en artikel 8:92 van het wetsvoorstel eist dat het verzoekschrift de aard van de schade en, voor zover redelijkerwijs mogelijk, het bedrag van de schade en een specificatie daarvan bevat, zal de burger door de bestuursrechter moeten worden gewezen op de gebreken op dat punt. Niet onwaarschijnlijk is dat de bestuursrechter genoodzaakt zal zijn om specifiek aan te geven op welk(e) punt(en) het verzoekschrift te kort schiet. De wetgever is op dit punt echter niet erg expliciet en laat de interpretatie van de bepaling over aan de bestuursrechter. Gelet op het belang van (de gerelativeerde) ongelijkheidscompensatie voor de eigen aard van de bestuursrechtspraak, moet er op dit punt op worden vertrouwd dat de bestuursrechter een werkwijze zal toepassen die in het licht van de aard van de omstandigheden, de betrokkenen en het toepasselijke materiële recht, passend is voor het voorliggende geschil.

De vorm van de procedure maakt dat er een procesrechtelijk onderscheid zou kunnen ontstaan ten opzichte van de procedure in het civiele recht. Ook als het gaat om het specialisatieargument biedt het wetsvoorstel weinig houvast. Het wetsvoorstel lijkt er vanuit te gaan dat op relevante punten aansluiting wordt gevonden bij de praktijk in het civiele procesrecht – waarbij wij denken aan de noodzaak om te reageren op een bewijsaanbod en in voorkomend geval een expliciete bewijsopdracht te geven – en dat er eigenlijk geen redenen zijn om vanwege de betrokkenheid van de overheid tot een afwijkende jurisprudentielijn te komen. Op genoemde punten biedt het algemene bestuursprocesrecht echter geen expliciete regels. Zoals zo vaak is de hoop gevestigd op de rechter die heldere jurisprudentie moet ontwikkelen. Het is echter de vraag of de jurisprudentie op alle punten aansluiting kan vinden bij het civiele procesrecht en op welke punten de keuze van de wetgever voor de bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure zal leiden tot jurisprudentie waarmee de eigen aard van bestuursrechtspraak wordt benadrukt.

Vastgesteld kan worden dat de regering de eigen aard van de bestuursrechtspraak niet als aanleiding heeft gezien om het wetsvoorstel in te dienen. Doorslaggevend

¹¹⁵ Net zo min als in andere geschillen waarin slechts twee partijen zijn betrokken, zie daarover ook N. Verheij, *Relatief onaantastbaar. Over formele rechtskracht van besluiten* (oratie Maastricht), te vinden op www.maastrichtuniversity.nl.

is geweest om de burger de mogelijkheid te bieden zijn geschil met het bestuur, inclusief de schadeaspecten, effectief te laten beslechten. Nu in het bestuursprocesrecht een procedure wordt ingevoerd waarin niet het besluit centraal staat, is het de vraag op welke wijze recht kan worden gedaan aan de uitgangspunten die in 1994 aan het uniforme bestuursprocesrecht ten grondslag zijn gelegd, zoals de (gerelativeerde) ongelijkheidscompensatie. Hoewel de roep om invoering van een verzoekschriftprocedure reeds geruime tijd hoorbaar was en de invoering daarvan nu aanstaande lijkt, is de mate waarin daarin geregelde geschillen aan de bestuursrechter worden toebedeeld, ronduit teleurstellend. Hoewel de verzoekschriftprocedure ook oplossingen biedt voor belangrijke problemen, moet ons van het hart dat het optuigen van een nieuwe regeling met als voornaamste doel te bereiken dat de bestuursrechter in dit soort geschillen ex nunc de rechtsbetrekking tussen partijen vaststelt, wellicht ook op eenvoudigere wijze gerealiseerd had kunnen worden. Wij wijzen in dat verband kort op de in artikel 8:72a Awb neergelegde verplichting van de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien indien het besluit tot oplegging van een boete onrechtmatig wordt geacht.¹¹⁶ Het resultaat van de invoering van titel 8.4 Awb voor geschillen over schadevergoeding is – hoewel er ook verschillen zijn – op relevante punten vergelijkbaar met de gevolgen van artikel 8:72a Awb in geschillen over boetebesluiten.

2.3.4.3 Geen verzoekschriftprocedure voor nadeelcompensatie

Opmerkelijk is dat waar de regering bij schadevergoeding wegens onrechtmatig bestuurshandelen bereid is gebleken een verzoekschriftprocedure te plaatsen naast de beroepschriftprocedure tegen besluiten, het besluitmodel gehandhaafd blijft voor schadevergoeding wegens rechtmatig bestuurshandelen (zie de voorgestelde titel 4.5 Awb). Daartoe wordt het *égalité*-beginsel gecodificeerd. Reden om aan te sluiten bij het besluitmodel is onder meer een goed functionerende praktijk waarin veelvuldig gebruik wordt gemaakt van onafhankelijke adviseurs ter bepaling van de omvang van het te compenseren nadeel en de mogelijkheid van het bestuur om vele aanvragen in onderlinge samenhang te beoordelen. Toch is opmerkelijk dat voor het vergoeden van schade twee verschillende rechtsingangen zullen gaan gelden. Ook als het gaat om nadeelcompensatie zal de burgerlijke rechter, indien hij met een dergelijke – in de civiele procedure als onrechtmatige daad verholde – vordering wordt geconfronteerd, de rechtsbetrekking tussen

¹¹⁶ Zie ook K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'De werkelijke en wenselijke rechtsmachtverdeling bij aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk handelen', *NJB* 2004, p. 758, noot 3; K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'De bestuursrechtelijke Schade Verzoekschrift Procedure: niet doen svp', *Gst.* (2007) 7265, p. 5, noot 16.

partijen bindend vaststellen.¹¹⁷ De civiele rechter lijkt daarbij niet te worden gehinderd door de mogelijke gedachte dat beleidsvrijheid voor het bestuur zou bestaan bij het vaststellen van het recht op nadeelcompensatie wegens schending van het gelijkheidsbeginsel, oftewel het beginsel van *égalité devant les charges publiques*. De VAR-Commissie Rechtsbescherming was op dat punt verdeeld,¹¹⁸ maar de regering stelt in de toelichting bij het wetsvoorstel onomwonden dat weliswaar in de praktijk behoefte kan bestaan aan beleidsregels, maar dat die regels niet een vrije bestuursbevoegdheid betreffen, maar de door het bestuursorgaan gevolgde interpretatie van de wet, waaraan de bestuursrechter dan ook niet gebonden is.¹¹⁹ Het lijkt er op dat de regering van oordeel is dat geen beleidsvrijheid (of beoordelingsvrijheid) voor het bestuursorgaan bestaat bij het vaststellen van (de hoogte van het recht op) nadeelcompensatie. Hoewel voor ons duidelijk is dat de mate waarin het normaal maatschappelijk risico in specifieke gevallen zou moeten leiden tot matiging van de vergoeding voor geleden schade (derhalve: tegemoetkoming) niet zodanig is uitgekristalliseerd dat iedere rechter op eenzelfde schadebedrag zou uitkomen, lijkt die door de regering verkondigde insteek wel de meest zuivere. In dat opzicht is er veel voor te zeggen om het bestuursorgaan het voortouw te laten nemen, onder meer door de verschillende aanvragen in onderlinge samenhang te beoordelen. Niet goed valt echter in te zien waarom voor dit soort geschillen bijvoorbeeld niet zou kunnen worden bepaald dat de bestuursrechter verplicht is om zelf in de zaak te voorzien in het geval het besluit over de nadeelcompensatie wordt vernietigd.¹²⁰ Een dergelijke verplichting combineert de voordelen van het gebruik van het besluitmodel met de voordelen van effectieve, finale geschillenbeslechting.

¹¹⁷ Vanzelfsprekend dient de bestuursrechter wel na te gaan op welke wijze het geschil door hem het meest effectief kan worden beslecht, zie daarover J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011/2.

¹¹⁸ VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJu 2004, p. 81; zie ook N Verheij, 'Overheidsaansprakelijkheid in de Awb', *ORA* 2002/4, p. 125 en R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het *égalité*-beginsel: chaos of *ius commune*? (II)', *Gst.* (2002) 7162, p. 190.

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 17.

¹²⁰ Het wetsvoorstel kent immers niet een met art. 8:72a Awb vergelijkbare verplichting voor de bestuursrechter om bij vernietiging van het besluit over het toekennen van nadeelcompensatie de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de zaak te voorzien. De Raad van State gaf de regering overigens in overweging ook een verzoekschriftprocedure voor nadeelcompensatie in te voeren, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 4. Tegen het zelf in de zaak voorzien kan worden aangevoerd dat dat ongewenst is in het geval dat de bestuursrechter wordt geconfronteerd met een afwijzend besluit

Een ander voor dit onderzoek relevant en opmerkelijk punt in de op dit moment nog korte parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel over nadeelcompensatie, is dat het voorontwerp, dat overigens op brede steun kon rekenen in de literatuur, de rechtsmacht van de bestuursrechter aanzienlijk uitbreidde. Tegen alle besluiten van bestuursorganen inzake nadeelcompensatie zou, ook als het nadeel zou zijn veroorzaakt door algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels en feitelijke handelingen, beroep op de bestuursrechter open worden gesteld. Het voorontwerp sloot op dat punt aan bij de gedachte dat voor de rechtsmacht van de bestuursrechter de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking doorslaggevend zou moeten zijn. Nu het *égalité*-beginsel – eigenlijk louter – publiekrechtelijk van aard is en zich alleen doet gevoelen in situaties waarbij de overheid en het algemeen belang is betrokken ('besturen'), is die gedachte niet vreemd en zelfs buitengewoon aantrekkelijk.¹²¹ Het voorontwerp kon voor dat onderdeel met goed recht de titel 'Nadeelcompensatie' dragen. Onder handhaving van die titel is in het wetsvoorstel echter gekozen voor een rechtsmachtverdeling die voor de rechtsmacht van de bestuursrechter een verband blijft eisen tussen een nadeelveroorzakend appellabel besluit en het besluit over het al dan niet toekennen van nadeelcompensatie (zie het voorgestelde art. 8:2a Awb).¹²² Weliswaar zal de bestuursrechter – als doekje voor het bloeden¹²³ – bevoegd worden ter zake van nadeelveroorzakende feitelijke handelingen ter uitvoering van een appellabel besluit, maar hij zal niet bevoegd zijn te oordelen over besluiten over nadeelcompensatie in gevallen waarin het nadeel is veroorzaakt door een algemeen verbindend voorschrift, een beleidsregel of feitelijke handelingen in situaties waarin over de mogelijkheid om nadeelcompensatie te vragen geen beleidsregel of verordening is vastgesteld. Dat verschil ten opzichte van het voorontwerp is in het licht van de discussie over de rechtsmachtverdeling wederom ronduit teleurstellend.

Vervolg van pagina 137

over nadeelcompensatie waarin die afwijzing is gebaseerd op één ontbrekende voorwaarde voor *ech* aansprakelijkheid (bijvoorbeeld: geen causaal verband). Over de andere vereisten van aansprakelijkheid op grond van het beginsel van *égalité devant les charges publiques* heeft het bestuursorgaan dan nog geen oordeel (kunnen) gegeven.

¹²¹ Vgl. het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 4, p. 3. Zie ook E.J. Daalder & J.A.E. van der Jagt-Jobsen, Rechtsmachtverdeling, in: E.J. Daalder, M.W. Scheltema & E.J. Snijders-Storm (red.), *Wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn 2011, p. 17.

¹²² Zie ook het pleidooi voor die beperking in J.R.C. Tieman & H.H.L. Krans, 'Nogmaals nadeelcompensatie. Het voorontwerp nadeelcompensatie gezien vanuit overheidsperspectief', *NTB* 2010, p. 80-82.

¹²³ Vgl. R.J.N. Schlössels, 'Koudwatervrees in het nadeelcompensatierecht', *Gst.* 2011, 39.

Toegegeven moet worden dat de regering consistent opereert als wij constateren dat de eigen aard van de bestuursrechtspraak in de overwegingen geen rol heeft gespeeld. Effectieve geschillenbeslechting is het hoofddoel. Duidelijk is dat met het ingediende wetsvoorstel in mindere mate dan met het voorontwerp tegemoet wordt gekomen aan de wens de bestuursrechter te laten oordelen over alle aspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking (als het gaat om nadeelcompensatie). De regering geeft geen enkel principieel argument tegen de verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter. Zij vindt 'het echter thans nog te ver gaan om de weg naar de bestuursrechter ook te openen in alle gevallen waarin de schade is veroorzaakt door een andere feitelijke handeling dan een handeling ter uitvoering van een besluit, door een algemeen verbindend voorschrift of door een beleidsregel'. Reden daarvoor is volgens de regering dat die categorie zeer omvangrijk en heterogeen is, waardoor de gevolgen voor zowel de belasting van bestuursorganen als die van de rechterlijke macht niet goed te overzien zijn. Ook Verheij waarschuwde al voor die consequentie.¹²⁴ Voor bestuursorganen geldt echter dat zij – ingevolge de Van Vlodrop jurisprudentie¹²⁵ – na invoering van het wetsvoorstel in de bedoelde gevallen wel degelijk de bevoegdheid hebben om (niet appellabele) besluiten in de zin van de Awb te nemen over het toekennen van nadeelcompensatie. Daarnaast geldt voor de rechterlijke macht, zowel de bestuursrechter als de civiele rechter, dat de mogelijkheden om over nadeelcompensatie te procederen niet vergroot worden, maar slechts verschuiven.¹²⁶ Vrees voor enige vorm van overbelasting zou enkel kunnen zijn gelegen in de aanzuigende werking van de laagdrempeligheid van de bestuursrechtelijke rechtsgang.¹²⁷ Overtuigend is dat naar ons oordeel niet. Ten aanzien van de wens om geschillen over het toekennen van nadeelcompensatie effectief finaal te beslechten, kan nagedacht worden over de invoering van een met artikel 8:72a Awb vergelijkbaar artikel voor dat soort geschillen. Wij begrijpen dat die verplichting in voorkomend geval zal moeten leiden tot een vrij arbeidsintensieve extra informatievergaringscercitie door de bestuursrechter.¹²⁸

¹²⁴ N. Verheij, 'Een eigen recht(er)', in: A.J.C. de Moor-van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn* (VAR-reeks 122), Alphen aan den Rijn: Samsom 1999, p. 70.

¹²⁵ ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229 m.nt. Van Buuren.

¹²⁶ Zie daarover ook M.K.G. Tjepkema, 'De codificatie van het égalitébeginsel: een paard van Troje in de Awb', *NJB* 2011, 1086 (p. 1375).

¹²⁷ Vgl. Ch.W. Backes, *Suum Cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsvergelijking tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie Maastricht), Den Haag: BJu 2009, p. 24.

¹²⁸ Zie ook het advies van de Afdeling bestuursrechtspraak in *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3 (Bijlage).

2.4 Een beschouwing van de ontwikkelingen

2.4.1 *Door effectieve geschillenbeslechting op de goede weg?*

Uit het voorgaande blijkt allereerst dat de bestuursrechter in een aantal gevallen de wenselijkheid van rechtsbescherming stelt boven de dogmatiek aangaande het in artikel 1:3 Awb opgenomen besluitbegrip en dat effectieve geschillenbeslechting daarmee gediend is. De bestuursrechter weet het besluitmodel te gebruiken om de meest relevante knelpunten van dat systeem te relativeren. Daarnaast is gebleken dat de wetgever bereid is te voorzien in een gedifferentieerde rechtsingang voor bestuursrechtelijke geschillen, waarbij naast het klassieke besluitmodel plaats is voor andere rechtsingangen. Gedacht kan worden aan de procedure tegen niet tijdig handelen en de voorgestelde verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Bovendien is de wetgever bereid om de rechtsmacht van de bestuursrechter te verbreden door beslissingen die dogmatisch niet onder het besluitbegrip kunnen vallen expliciet aan te merken als beschikking, zoals bijvoorbeeld de beslissing op het verzoek om bestuursdwang feitelijk toe te passen (art. 5:31a Awb). In veel gevallen blijft de wetgever – net als de bestuursrechter – het besluitmodel hanteren. Toch valt op dat de wetgever zich lijkt te hebben gerealiseerd dat voor sommige geschillen het besluitmodel simpelweg te beknellend werkt. Geldt een andere rechtsingang nu slechts voor geschillen over het niet tijdig handelen van het bestuur, in de toekomst zal – mits het wetsvoorstel daartoe wordt aangenomen – ook een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure ingevoerd worden. Wij constateren echter dat de wens om te komen tot een geleidelijke verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot alle geschillen die voortkomen uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, zoals die door vele auteurs is bepleit, daarbij niet richtinggevend is. Ingrepen vinden plaats op grond van argumenten die zien op de effectieve beslechting van geschillen. Wij stellen voorts vast dat het invoeren van alternatieve rechtsingangen, zoals de verzoekschriftprocedure, wordt gecombineerd met het vasthouden aan de uniforme procesregels van de Awb. Aanpassing van de inrichting van het bestuursprocesrecht op grond van de gekozen rechtsingang ('beroep' of 'verzoek'), wordt in het licht van de uniformiteit niet opportuun geacht. Gelet op de implicaties van de verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding is dat op zijn minst opmerkelijk te noemen.

De (mate van) maatschappelijke en politieke druk om bepaalde knelpunten van het besluitenprocesrecht op pragmatische wijze weg te nemen, zijn in hoge mate richtinggevend voor de ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid. Over de in 1994 in de memorie van toelichting opgenomen uitgangspunten

van het bestuursprocesrecht wordt maar weinig vernomen. Het uitgangspunt van de wetgever bij menige wijziging is de effectieve geschillenbeslechting. Gelet op de keuze voor aparte bestuursrechtspraak is opmerkelijk dat de ontwikkeling zich niet (langer) onmiddellijk richt op de mogelijkheid de rechtsmacht van de bestuursrechter te verruimen tot de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Als wij de ontwikkelingen in ogenschouw nemen, is te zien dat de kleine stappen die wel worden genomen, gericht zijn op verbetering van de effectieve geschillenbeslechting van het gehele geschil dat burger en bestuur verdeeld houdt (en dat dus niet beperkt hoeft te zijn tot een appellabel besluit). Het is naar ons oordeel dan onvermijdelijk dat de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter koers zet naar een horizon waaraan de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking de doorslaggevende factor is voor die rechtsmacht.

De focus van de wetgever is gericht op het vermogen van de bestuursrechtspraak om geschillen over besluiten bindend door de bestuursrechter te laten beslechten. De oplossing van de wetgever voor een probleem in de effectieve geschillenbeslechting, is dan ook doorgaans het aanmerken van een bepaalde beslissing als een appellabel besluit of het gelijkstellen van een handeling aan een besluit. Naar ons oordeel is het zaak dat de bestuursrechtspraak uiteindelijk gaat over alle (bestuursrechtelijke) geschillen die voortkomen uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking en bovendien dat de bestuursrechter wordt gefaciliteerd om dat geschil bindend te beslechten. In een dergelijk stelsel is het systematisch niet vol te houden dat de toegang tot de bestuursrechtspraak, gezien de verschillende soorten 'bestuursrechtelijke' geschillen, alleen en steeds is afgestemd op het besluitbegrip. Omdat rechtsvinding door de bestuursrechters grenzen kent, vooral als het gaat om de belangrijke vraag naar de rechtsmachtverdeling, zal ook de wetgever in dat proces een voortrekkersrol moeten spelen. De pragmatische benadering van de wetgever bij schadevergoeding en nadeelcompensatie stemt op dat punt niet erg hoopvol. Niettemin menen wij dat de introductie van de verzoekschriftprocedure in het bestuursrecht in de toekomst een belangrijke voorwaarde is voor (verdere) uitbreiding van de rechtsmacht en daarom positief beoordeeld moet worden.

2.4.2 De eigen aard van bestuursrechtspraak benadrukken?

Ondanks dat de rechtsmachtverdeling op het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad teleurstellend is en die voor nadeelcompensatie grotendeels op koudwatervrees lijkt te zijn gestoeld, is invoering van de verzoekschriftprocedure een cruciale stap in de ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid. Wellicht is juist het soort geschillen waarover het wetsvoorstel gaat reden waarom doel en functie van bestuursrechtspraak niet doorslaggevend is geweest bij de

vormgeving ervan, maar opmerkelijk is het wel. In het licht van de hiervoor weergegeven argumenten voor bijzondere bestuursrechtspraak, zoals de laagdrempelige (goede) toegang, de (gerelativeerde) ongelijkheidscompensatie, de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, is opzienbarend dat daaraan in het wetsvoorstel voor nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten geen aandacht wordt geschonken. In die argumenten ziet de wetgever blijkbaar onvoldoende aanleiding om geschillen op een andere wijze te behandelen. Er wordt aangesloten bij de bestaande regels voor de bestuursrechtelijke beroepschriftprocedure en verwezen naar de civielrechtelijke behandeling van vergelijkbare geschillen. Dat een op van oudsher civielrechtelijke leest geschoeid geschil door de bestuursrechter kan worden behandeld zonder bijzondere bestuursrechtelijke bepalingen in te voeren, leidt tot de vraag of de wetgever voldoende scherp voor ogen heeft wat de eigen aard van de bestuursrechtspraak is. En tot de vraag of die eigen aard wel voldoende concreet en expliciet is terug te vinden in bijvoorbeeld het procesrecht van de Awb. Deze vragen vereisen een nadere, fundamentele herbezinning. Bestuursrechtspraak is in elk geval uniek vanwege de bevoegdheid van de bestuursrechter om het bestreden besluit te vernietigen. In ogenschouw moet worden genomen dat juist dit besluitenprocesrecht in belangrijke mate inherent is verbonden met de bij de invoering van de Awb gehanteerde uitgangspunten van het bestuursprocesrecht, waaronder het uitgangspunt van de (gerelativeerde) ongelijkheidscompensatie en de goede toegang. Neemt men het besluit als structurerend element van het geschil weg, zoals met de invoering van de verzoekschriftprocedure wordt beoogd, dan is het de vraag in hoeverre onder meer die uitgangspunten overeind kunnen blijven zonder nadere regelgeving. Met Schlössels menen wij dat de goede toegang en de (gerelativeerde) ongelijkheidscompensatie ook in een procesrecht dat alleen is gericht op de bescherming van subjectieve rechten een belangrijke waarde vertegenwoordigt. Op dit moment is echter onduidelijk op welke wijze dat beginsel de activiteiten van de bestuursrechter en de bestuursrechtspraak beïnvloedt. Nagedacht moet worden over de vraag hoe het bestuursprocesrecht deze waarde meer expliciet zou kunnen garanderen.

Een en ander sterkt ons wel in de gedachte dat voor het leeuwendeel van de bestuursrechtspraak het overboord zetten van het besluitmodel niet onmiddellijk wenselijk is. Sterker, het is voor ons ook de vraag of met de invoering van de verzoekschriftprocedure voor schadevergoeding zonder voorafgaand besluit van het bestuur niet onnodig afstand wordt gedaan van de voordelen die het besluitmodel biedt. Het is niet ondenkbaar dat de kwaliteit van de rechtsbescherming in dit soort geschillen – bij gebrek aan nadere procesrechtelijke bepalingen – niet

zal worden vergroot. Een stelsel waarin enerzijds van het bestuur wordt verlangd een besluit te nemen over de aansprakelijkstelling en anderzijds de burger de mogelijkheid heeft om als reactie op dat besluit een direct aan de bestuursrechter gericht verzoek om schadevergoeding te doen, biedt voordelen voor de kwaliteit van de rechtsbescherming en naar ons oordeel ook voor de efficiënte afdoening van het geschil. De min of meer beginselloze wijze waarop de wetgever de verzoekschriftprocedure aan het bestuursprocesrecht toevoegt, lijkt in elk geval niet in enigerlei mate behulpzaam bij de overdenking van het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid.

2.4.3 Uitbreiding rechtsmacht! Andere rechtsingang?

In het voorgaande hebben wij benadrukt dat wij hechten aan het besluitenprocesrecht vanwege de karakteristieken van goede toegang die daaraan inherent verbonden zijn. Bestuursrechtspraak zonder besluitenprocesrecht, met als enig toegangskaartje de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, is naar ons oordeel in de nabije toekomst derhalve niet wenselijk. Toch kent het bestuursprocesrecht knelpunten die verband houden met het besluitmodel. Aan het wegnemen daarvan wordt gewerkt; dat blijkt uit de aanstaande invoering van de bestuursrechtelijke schadeverzoekschriftprocedure, de verplichting om zelf in de zaak te voorzien in een geschil over een besluit waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd en de procedure over het niet tijdig handelen. Ook uit de jurisprudentie van de bestuursrechters komt naar voren dat zij met creatieve oplossingen komen in gevallen waarin het bieden van rechtsbescherming door de bestuursrechter geboden is. Gedacht kan worden aan het bestuurlijke rechtsoordeel en het zelfstandige schadebesluit. Mocht het wetsvoorstel tot de invoering van een verzoekschriftprocedure wet worden, dan ligt het niet voor de hand dat de wetgever er voor kiest om die procedure dienst te laten doen als een zwaankleef-aan-systeem voor bestuursrechtelijke geschillen waarin de bescherming van subjectieve rechten hoofddoel is, de bestuursrechter is geroepen om de rechtsbetrekking tussen partijen vast te stellen en waarbij gestreefd wordt naar uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter.

Gelet op de recent gestrande poging om artikel 8:2 Awb, dat beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels uitsluit, te schrappen, is de wetgever niet overtuigd van de noodzaak om dergelijke geschillen onder te brengen bij de bestuursrechtspraak. Dat is teleurstellend, maar in het licht van de mogelijkheden van exceptieve toetsing aan dergelijke normen en de ambtshalve beoordeling of die normen verbindend zijn, niet onoverkomelijk. Ten aanzien van geschillen over bestuursrechtelijke (bevoegdheden)overeenkomsten geldt dat vele auteurs weliswaar menen dat die bij de bestuursrechter thuis horen, maar

deze overeenkomsten bevatten doorgaans tevens civielrechtelijke bedingen. Die constatering en de wetenschap dat nog lang niet helder is welke overeenkomst dan bestuursrechtelijk is als het besluitbegrip wordt losgelaten, maakt het niet zonder meer gewenst deze geschillen te laten vallen onder de rechtsmacht van de bestuursrechter. De categorie van feitelijke handelingen en beslissingen ter voorbereiding en uitvoering van publiekrechtelijke bevoegdheden en de publieke taak, is zeer ruim. Wij zien op dat punt echter wel behoefte – hoe klein die wellicht in de praktijk ook zal zijn – om de rechtsmacht van de bestuursrechter nader te bepalen.

Door invoering van de verzoekschriftprocedure wordt de bestuursrechter weliswaar expliciet bevoegd gemaakt het bestuur te veroordelen tot vergoeding van de schade die wordt geleden als gevolg van een 'andere onrechtmatige handeling ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit' (zie het voorgestelde artikel 8:88 lid 1 onder b Awb), maar de bestuursrechter kan geen, in veel gevallen zelfs geen voorlopig, zelfstandig oordeel geven over een dergelijke handeling *voorafgaand* aan het nemen van een besluit. In aanvulling op die constatering zijn wij van oordeel dat ook voor de feitelijke gedragingen die plaatsvinden in het kader van een nog te nemen appellabel besluit, al dan niet gedekt door de formele rechtskracht van dat besluit, de bestuursrechter aangewezen moet worden als bevoegde rechter. Overigens zijn wij die mening met name toegedaan vanwege de mogelijke behoefte aan voorlopige rechtsbescherming die in dat soort gevallen vreemd genoeg door de civiele rechter moet worden geboden, terwijl het betreffende geschil zozeer gerelateerd is aan hetgeen op dit moment tot de rechtsmacht van de bestuursrechter wordt gerekend, dat het niet meer dan redelijk is dat die rechtsmacht wordt uitgebreid tot deze handelingen. Nagedacht moet worden over de vraag of voor dit soort geschillen louter en alleen het vragen van een voorlopige voorziening mogelijk moet worden en de in artikel 8:81 Awb neergelegde voorwaarde van connexiteit met een aanhangige procedure vanwege zwaarwegende belangen moet worden losgelaten,¹²⁹ of dat zou moeten worden bepaald dat dergelijke handelingen, zoals door Pront-van Bommel is voorgesteld en conform de wijze waarop de wetgever

¹²⁹ Zien wij het goed, dan komt dit voorstel voor een groot deel overeen met voorstellen die zijn gedaan ten behoeve van het project Versnellen besluitvorming in het ruimtelijk domein (zie de tussenrapportage Versnelling in het ruimtelijk domein van april 2010, p. 27-29, te vinden bij *Kamerstukken II* 2009/10, 29 279, nr. 111). Overigens kan naar ons oordeel ook gedacht worden aan de versoepeling van de mogelijkheid om op te komen tegen processuele beslissingen ter voorbereiding van een appellabel besluit (zie art. 6:3 Awb); met name daar kan behoefte bestaan aan voorlopige oordelen.

tot op heden heeft gereageerd op situaties waarin een gebrek aan effectieve rechtsbescherming bestond,¹³⁰ gelijkgesteld worden aan een appellabel besluit, zodat – bij voldoende procesbelang – rechtsbescherming kan worden ingeroepen. Teneinde zeker te stellen dat de bestuursrechter in dergelijke gevallen steeds een beslissing neemt en niet volstaat met het vernietigen van de beslissing, zou de introductie van een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure die kan leiden tot een verklaring voor recht, een goede oplossing kunnen bieden. Wij benadrukken dat wij een uitbreiding van de mogelijkheid om bij de bestuursrechter rechtsbescherming te zoeken tegen bestuurlijke rechtsoordelen, inclusief de daarmee te bereiken mogelijkheid van een declaratoire uitspraak, wenselijk achten en dat een vorm van een verzoekschriftprocedure daarvoor een geschikte procedure is. Wij merken daarbij op dat het onderscheid tussen een verzoekschriftprocedure en een beroepschriftprocedure waarin de verplichting voor de bestuursrechter geldt om – in geval van een gegrond beroep – zelf in de zaak te voorzien, niet groot is.

Bezien we de feitelijke uitvoering van appellabele besluiten, dan is opmerkelijk dat de bestuursrechter verantwoordelijk is voor de geschillenbeslechting in verband met deze besluiten, terwijl voor de (feitelijke) uitvoering van die besluiten in beginsel de civiele rechter bevoegd is. Het is slecht uit te leggen dat de bestuursrechter in veel gevallen niet bij machte is om het bestuur te verplichten uit te voeren waartoe een appellabel besluit of een bestuursrechtelijke uitspraak feitelijk verplicht. Denkbaar is dat de bestuursrechter juist op dat punt rechtsmacht wordt toebedeeld, ook al omdat daaruit ontstane geschillen in belangrijke mate zijn gerelateerd aan het bestuursrecht, meer in het bijzonder aan appellabele besluiten. Ondanks de belangrijke implicaties van een eventuele wijziging voor het bestaande stelsel van rechtsmachtverdeling, menen wij dat de bestuursrechter op dit moment kan worden gekarakteriseerd als een gemankeerde rechter en dat uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter – hoe klein dit probleem ook in de praktijk zou kunnen zijn – gerechtvaardigd is. Wij wijzen in dat verband (nog eens) op de woorden van J.A.M. van Angeren.

'Veel beter zou het zijn de gedragingen in alle stadia voor tijdens, en na de totstandkoming van een besluit onder de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen. Dan zou de burgerlijke rechter ook met betrekking tot die gedragingen het beginsel van de formele rechtskracht kunnen toepassen. Dat zou het voordeel hebben dat hij zich niet langer over deze toch typisch bestuursrechtelijke vragen hoeft te buigen. Een ingewikkelde jurisprudentie

¹³⁰ Vgl. bijvoorbeeld art. 5:31a Awb.

om de bevoegdheden van de verschillende rechters af te bakenen zou worden vermeden.¹³¹

Tot slot wijzen wij op de mogelijkheid dat de wens te komen tot een rechtsmachtverdeling en een procesrecht dat integrale beslechting mogelijk maakt van geschillen die ontstaan uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, wordt gecombineerd met de in het materiële bestuursrecht heersende gedachte van vermindering van lasten en verbeterde dienstverlening aan de burger. Gevolg daarvan zou zijn dat de lasten van de complexiteit van de rechtsmachtverdeling niet langer door de burger worden gedragen. Het indienen van beroepschrift, verzoekschrift of dagvaarding door de burger om de rechter zijn geschil te laten beslechten zou in eerste aanleg bij een loket van de rechterlijke macht kunnen geschieden, waarna de rechtbank – als 'backoffice' – verantwoordelijk is voor het toedelen van het – door de burger adequaat beschreven – geschil aan een (op het geschil afgestemde) kamer van de rechtbank. Het verdelen van het geschil van de burger over bestuurs- en burgerlijke rechter zoals dat in het huidige stelsel gebeurt, kan nooit recht doen aan de wens van de burger om zijn gehele geschil in één keer finaal beslecht te zien. Onze hier weergegeven, ver strekkende gedachte zou overigens voor het bestuursrecht in hoger beroep – zonder institutionele wijzigingen – niet eenvoudig uit te werken zijn.

3 Passende uitspraakbevoegdheden

De keuze voor het besluitbegrip als entreebewijs voor de bestuursrechtspraak heeft ook gevolgen voor de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter. In dit hoofdstuk gaan wij in op de (gewenste) ontwikkelingen in het gebruik van de bestaande uitspraakbevoegdheden. Daarnaast bezien wij de behoefte aan aanvullingen. Ook hier geldt de effectieve, finale beslechting van geschillen binnen een redelijke termijn als referentiepunt voor de beoordeling.

3.1 Afscheid van de klassieke kale vernietiging?

In deze paragraaf bespreken wij kort de recente ontwikkelingen met betrekking tot de bevoegdheid van de bestuursrechter om het besluit, voor zover dat door de burger is bestreden, te vernietigen. Daarnaast bespreken wij de mogelijkheden om het vernietigende oordeel te combineren met een aanwijzing voor het nieuw te

¹³¹ J.A.M. van Angeren, 'Gemiste kansen in het Awb-project', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 214-217.

nemen besluit en de bevoegdheid om het bestuur te verplichten een andere handeling te verrichten.

3.1.1 Besluit vernietigen en/of geschil beslechten

Het besluit is weliswaar voorwerp van het geschil bij de bestuursrechter, maar de betekenis en centrale rol van het besluitbegrip in de bestuursrechtspraak moet worden gerelativeerd, omdat de omvang van het geschil waarover de bestuursrechter daadwerkelijk een oordeel moet geven, in beginsel is beperkt tot de (feitelijke) beroepsgronden die een belanghebbende¹³² tegen een (ook eerder al bestreden onderdeel¹³³ van een) besluit heeft aangevoerd. Daarnaast betekent de zogenaamde Brummen-leer in voorkomend geval een zekere beperking van de omvang van het geschil, omdat de bestuursrechter ten aanzien van beroepsgronden die in een eerdere uitspraak – waartegen geen hoger beroep is ingesteld of mogelijk was – *uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn* verworpen, in beginsel moet uitgaan van de juistheid van het eerder gegeven oordeel.¹³⁴ Door de beperking van de omvang van het geschil wordt de centrale positie van het besluitbegrip gerelativeerd. Datzelfde geldt voor bepalingen als artikel 6:22 Awb, waarvoor is voorgesteld die te laten overeenkomen met artikel 1.5 Crisis- en herstelwet.¹³⁵ Laatstgenoemde bepaling biedt de mogelijkheid om een geconstateerde schending van geschreven of ongeschreven recht te passeren als alle bij het besluit betrokken belanghebbenden daardoor niet benadeeld worden. Belangrijker dan het besluit voor de uitspraak van de bestuursrechter, is derhalve de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur voor zover die in geschil is. Daarmee is de effectieve, finale geschilbeslechting gediend, maar dat neemt niet weg dat de belangrijkste uitspraakbevoegdheid van de bestuursrechter de vernietiging van het bestreden besluit is.

¹³² De omvang van het te beslechten geschil wordt in specifieke gevallen ook beperkt doordat een burger slechts belanghebbende is in de zin van art. 1:2 Awb bij een bepaald onderdeel van een besluit, zie ABRvS 13 april 2011, ABRvS 9 maart 2011, *JB* 2011/91 m.nt. Albers & Schlössels, *JM* 2011/50 m.nt. De Graaf.

¹³³ De omvang van het te beslechten geschil wordt in specifieke gevallen ook beperkt doordat in een voorafgaande procedure een beperking plaatsvond tot bepaalde onderdelen van het bestreden besluit (art. 6:13 Awb), zie ABRvS 9 maart 2011, *JB* 2011/134 m.nt. Schlössels, *JM* 2011/51 m.nt. De Graaf.

¹³⁴ ABRvS 6 augustus 2003, *AB* 2003/355 m.nt. Widdershoven & Willemsen, *JB* 2003/216 m.nt. Albers & Schlössels; CRvB 12 november 2003, *AB* 2004/203; zie daarover ook P.A. Willemsen, 'Wat valt er wel en wat valt er niet onder de Brummen-lijn?', *JBplus* 2006, p. 45 e.v.; R. Ortlep & P.A. Willemsen, 'Gezag van gewijsde in het bestuursrecht', *NTB* 2007, p. 298 e.v.

¹³⁵ Zie het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht in *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2.

Met Schreuder-Vlasblom kan geconstateerd worden dat sprake is van tweepolig bestuursprocesrecht: 'het besluit als objectief voorwerp van beoordeling en het geschil als gesubjectieerde nadere afbakening'.¹³⁶ In deel I van dit onderzoek is reeds vastgesteld dat onmiskenbaar een subjectiveringstendens is te ontwaren in recente wetgeving. De voorgestelde invoering van een relativiteitseis in een nieuw artikel 8:69a Awb is daar bij uitstek het voorbeeld van.¹³⁷ Na invoering zal een bestuursrechter een besluit niet vernietigen in het geval de geschonden rechtsnorm niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich op de norm heeft beroepen. Ondanks dat het besluit het toegangskaartje blijft voor de bestuursrechtspraak en het aangrijpingspunt voor de belangrijkste uitspraakbevoegdheden, zal het relativiteitsvereiste de centrale positie van het besluitbegrip verder relativeren. Dat is mede de reden dat die invoering een discussie over doel en functie van bestuursrechtspraak noodzakelijk maakt.¹³⁸ Die discussie heeft echter (nog) onvoldoende plaats gehad.

Buiten de opmerking dat de uitspraak van de bestuursrechter enkel het aan hem voorgelegde geschil kan betreffen, vragen wij in deze paragraaf aandacht voor twee opmerkingen die naar ons oordeel nadere bestudering verdienen. In 1994 werd over de door partijen te bepalen omvang van het geschil het volgende gesteld.

'Wel past hier de kanttekening, dat de rechter niet zonder meer zal kunnen afgaan op de in het beroepschrift geformuleerde grieven. Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift kan men immers niet zonder meer afleiden dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten. Het past goed bij de actieve rol die de rechter in de procedure heeft, dat deze appellant in de gelegenheid stelt zich hieromtrent nader uit te laten.'¹³⁹

De eerste opmerking die wij maken ziet op de mate waarin de bestuursrechter nog is geroepen de ongelijkheid tussen partijen te compenseren. De invoering van

¹³⁶ M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht; over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 415.

¹³⁷ Zie het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht in *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2.

¹³⁸ M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht; over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 427.

¹³⁹ *PG Awb II*, p. 463.

het Awb-procesrecht heeft er volgens sommige auteurs, waaronder De Waard,¹⁴⁰ toe geleid dat ongelijkheidscompensatie is verdwenen of in elk geval een gedateerde term is geworden. Anderen, zoals Polak, menen dat daarmee een te zwart-wit beeld wordt geschilderd van de verschuiving die met de invoering van het Awb-procesrecht heeft plaatsgevonden. Een van de problematische aspecten van het huidige stelsel is dat onduidelijkheid kan bestaan over de vraag welke beroepsgronden precies zijn aangevoerd, of deze ruim of juist eng moeten worden geïnterpreteerd en in hoeverre de bestuursrechter daarop invloed zou mogen uitoefenen. Zien wij het goed, dan betoogt Polak dat accentverschillen kunnen bestaan tussen bestuursrechters als het gaat om de vraag hoe ruim of eng de aangevoerde beroepsgronden moeten worden geduid (art. 8:69, eerste lid, Awb) in het licht van de verplichting om daarbij ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (art. 8:69, tweede lid, Awb).¹⁴¹ Wij constateren dat op het punt van de interpretatie en uitleg van de aangevoerde beroepsgronden weinig duidelijkheid lijkt te bestaan over de houding die de bestuursrechter dient aan te nemen. Dat raakt aan het (sinds 1994 gerelativeerde) uitgangspunt van ongelijkheidscompensatie en daarmee ook aan de vraag naar het doel en de functie van bestuursrechtspraak. Nadere doordenking van de rol van de bestuursrechter lijkt hier aangewezen.

De tweede opmerking die wij naar aanleiding van het citaat maken, betreft de suggestie – enigszins a contrario – dat een appellant welbewust zou kunnen berusten in gebreken in een besluit. Deze zinsnede sluit niet alleen goed aan bij het in 1994 ingevoerde uniforme bestuursprocesrecht, maar ook bij de gesignaleerde subjectiveringstendens. De uitspraak van de bestuursrechter zou niet die gebreken van het besluit mogen betreffen waarin de appellant heeft willen berusten. Ons gaat het er hier om dat in het licht van de subjectiveringstendens, maar ook in het kader van de opkomst van alternatieve wijzen om bestuursrechtelijke geschillen af te doen, nagedacht moet worden over de vraag of een burger afstand zou kunnen doen van de mogelijkheid dat de bestuursrechter oordeelt over de gebreken die wellicht aan het besluit kleven. Met andere woorden: moet afstand van het beroepsrecht mogelijk worden gemaakt? Tot op heden is met goede redenen geoordeeld dat het recht van een belanghebbende

¹⁴⁰ B.W.N. de Waard, 'Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht', in:

A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel), Den Haag: Sdu 2006, p. 124.

¹⁴¹ J.E.M. Polak, 'Veranderende perspectieven van de bestuursrechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 100-101.

om op te komen tegen een appellabel besluit, van openbare orde is.¹⁴² In de literatuur is dat oordeel echter steeds gerelateerd aan het doel en de functie van bestuursrechtspraak. Gelet op de verschuiving richting recours subjectif menen wij, zeker als het relativiteitsvereiste Awb-breed wordt ingevoerd, dat nagedacht moet worden over een regeling die het mogelijk maakt om de burger gebonden te achten aan een door hem ingenomen standpunt dat hij volledig instemt met (bepaalde onderdelen) van een besluit.¹⁴³ Vanzelfsprekend zijn waarborgen vereist om het recht op toegang tot de rechter te verzekeren, maar voor een onmiddellijke afwijzing van een dergelijke regeling, zien wij met de Hoge Raad, de VAR-Commissie Rechtsbescherming en diverse andere auteurs, geen goede gronden.¹⁴⁴

De mogelijke oordelen die een bestuursrechter kan uitspreken als uiteindelijke reactie op het beroep van een eiser tegen een appellabele handeling van een bestuursorgaan, staan opgesomd in artikel 8:70 Awb. Naast de toekomstige toevoeging die het Wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in een nieuw artikel 8:95 Awb voorziet ('geheel of gedeeltelijke toewijzing'), kent de Awb de verklaring dat de rechter onbevoegd is en de verklaringen dat het beroep niet-ontvankelijk, ongegrond of gegrond is. Bij de eerste drie uitspraakmodaliteiten staan wij hier niet stil, hoewel deze alle leiden tot een zekere vorm van finale geschillenbeslechting. In een beperkt percentage van de uitspraken wordt de conclusie getrokken dat het beroep gegrond is omdat het bestreden besluit is genomen in strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel.¹⁴⁵ Artikel 8:72 lid 1 Awb dwingt de bestuursrechter om het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk te vernietigen en benadrukt in

¹⁴² Onder het Arob-procesrecht ARRVs 27 februari 1990, *AB* 1990/597 m.nt. Van Buuren; CRvB 17 mei 1984, *AB* 1985/347.

¹⁴³ Zie artikel 257e, lid 1, Sv waarin een dergelijke regeling is opgenomen voor strafbeschikking.

¹⁴⁴ HR 23 september 1992, *BNB* 1993/95 en 96 m.nt. Scheltens; VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJu 2004, p. 160; zie K.J. de Graaf, 'Afstand van beroepsrecht', *NTB* 2005, p. 6-9 met verwijzingen, onder meer naar S. Pront-van Bommel, 'Afstand van beroep op de administratieve rechter', *NTB* 1993, p. 182-189; N.S.J. Koeman, 'Van toetsing naar bemiddeling in het bestuursrecht: mogelijkheden en onmogelijkheden naar huidig recht', en M. Scheltema, 'Toepassing in de Algemene wet bestuursrecht', in: I.C. van der Vlies & S. Pront-Van Bommel, *Van toetsing naar bemiddeling*, Deventer: Kluwer 1997, respectievelijk p. 18 en p. 75-76.

¹⁴⁵ B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschillenbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007, p. 88

lid 2 dat daarmee de rechtsgevolgen van het besluit worden vernietigd; niet de feitelijke gevolgen. Deze reactie van de bestuursrechter op een succesvol ingesteld en geslaagd beroep is passend voor een bestuursprocesrecht dat kenmerken vertoont van het *recours objectif*. Het is een van de meest wezenlijke kenmerken van bestuursrechtspraak: de bestuursrechter is bevoegd een besluit van het bestuur *erga omnes* te vernietigen en uit de wereld van het recht te verwijderen. De burgerlijke rechter bezit die bevoegdheid niet.¹⁴⁶

Echter, voor een procesrecht dat finale geschillenbeslechting binnen een redelijke termijn beoogt, zoals tegenwoordig voor het huidige Nederlandse bestuursprocesrecht mag worden aangenomen, is het slechts voor een zeer gering aantal geschillen bevredigend als de bestuursrechtelijke procedure eindigt met de vaststelling dat het besluit wordt vernietigd. Met name aan de procederende burger is niet uit te leggen dat de procedure bij de bestuursrechter eindigt met de vernietiging van het door hem bestreden besluit zonder dat daarna exact vaststaat welke inhoud dat besluit dan wel zou moeten hebben. Laat staan dat met de uitspraak de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen het bestuur en de burger op een of andere manier bindend wordt vastgesteld. Ondanks dat de scheiding der machten zich, in elk geval in situaties waarin het bestuur van de wetgever beleids- en of beoordelingsvrijheid heeft gekregen, kan verzetten tegen het vaststellen van de inhoud van het besluit en/of de rechtsbetrekking, heeft het volstaan met de klassieke uitspraakbevoegdheid in de bestuursrechtspraak in veel gevallen afgedaan. Het gevolg van de doelstelling om tot finale geschillenbeslechting te komen, is dat de bestuursrechter wordt genoodzaakt om de bestaande uitspraakbevoegdheden kritisch te beschouwen en het gebruik daarvan te herdefiniëren. Daarbij dient hij niet alleen oog te hebben voor het bestreden besluit, maar ook steeds meer voor de mogelijkheid de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking tussen de procederende burger en het bestuur bindend vast te stellen. Zo stelt de Afdeling dat de bestuursrechter moet motiveren wanneer het geschil niet definitief wordt beslecht en overweegt de Centrale Raad met zoveel woorden dat het enkele vernietigen van een besluit heeft afgedaan.¹⁴⁷ Koenraad en Verbeek concludeerden naar aanleiding van deze gewijzigde jurisprudentie dat 'de toetsing van het bestreden besluit inmiddels niet langer een doel op zich is, maar een (door partijen begrensde) activiteit die in dienst staat van een ander doel', namelijk het zoeken naar een finale oplossing als partijen dat in hun onderlinge

¹⁴⁶ Evenmin als het gaat om algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

¹⁴⁷ ABRvS 26 augustus 2009, AB 2009/368 en CRvB 3 november 2010, JB 2010/10, CRvB 3 november 2010, JB 2010/11. Deze jurisprudentie lijkt een uitwerking van aanbeveling 1.b in B.J. Schueller, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschillenbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJU 2007, p. 169

geschil zonder externe interventie niet meer kunnen.¹⁴⁸ Dat de aandacht in de bestuursrechtspraak nadrukkelijk verschuift van de kernbevoegdheid van de bestuursrechter, namelijk het vernietigen van besluiten, naar de beslechting van geschil, heeft geleid tot de stelling dat de koppeling tussen gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van het besluit te strikt is voorgeschreven in de Awb. Ook wordt wel gesteld dat het wenselijk zou zijn om de vernietiging enkel uit te spreken jegens partijen ('de vernietiging te relativeren'). Naar ons oordeel zou het binnen het huidige stelsel waarin door de burger wordt geprocedeerd tegen een besluit, verstandig zijn de koppeling ongewijzigd te blijven hanteren. Gelet op de op dit moment bestaande uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter, zoals die in het onderstaande nog aan de orde komen, is deze voldoende bij machte om de gevolgen van die vernietiging, daar waar gewenst, te mitigeren. Het loslaten van de koppeling impliceert in hoge mate het loslaten van het besluitmodel. In hoofdstuk 2 is aan de orde geweest dat daarvoor weliswaar goede redenen bestaan, maar dat een stelsel waarin nog altijd plaats is voor het besluitmodel, onze voorkeur heeft. Er moet eerder gedacht worden aan het gecontroleerd uitbreiden van de rechtsmacht en het voorzien in bij die uitbreiding passende uitspraakbevoegdheden.

3.1.2 Beperkingen van de aangeklede vernietiging

Het stiefkindje van finale geschillenbeslechting is de door de bestuursrechter gegeven 'aangeklede' opdracht aan het bestuursorgaan om een nieuw besluit te nemen.¹⁴⁹ Het klassieke besluitmodel kent aan het einde van de bestuursrechtelijke procedure de vernietiging van het bestreden besluit. Die vernietiging heeft tot gevolg dat partijen worden teruggeworpen in de besluitvormingsketen naar het tijdstip waarop dat besluit nog moet worden genomen. Dat kan de bezwaarschriftprocedure zijn, maar ook – als de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is (geweest) – de fase van de aanvraag. In die situatie dient het bestuursorgaan in beginsel naar de omstandigheden en feiten van het moment van het nieuwe besluit (ex nunc), te beslissen.¹⁵⁰ Met de vernietiging

¹⁴⁸ Zie met verwijzingen naar relevante jurisprudentie en literatuur L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent', *NTB* 2011, 12, p. 71.

¹⁴⁹ Zie daarover D.A. Verburg, 'Finale geschillenbeslechting en haar stiefkind, de aangeklede opdracht om een nieuw besluit te nemen', *JBplus* 2010, p. 153 e.v.

¹⁵⁰ Zie bijv. ABRvS 1 oktober 1998, *JB* 1998/256; CRvB 16 januari 2003, *JB* 2003/72. Voor ambtshalve genomen besluiten kan dat anders liggen (zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 58).

De opmerking over de ex nunc beslissing kan overigens gerelativeerd worden vanwege art. 1.10 Chw dat het bestuursorgaan de bevoegdheid geeft in voorkomend geval de nieuwe beslissing te laten steunen op de oude gegevens, mits die oude gegevens niet aanleiding waren voor de vernietiging.

van het besluit bepaalt de bestuursrechter steeds dat het bestuursorgaan weer aan zet is.¹⁵¹ Vanwege het verschil in benadering ('de rechter toetst *ex tunc* en het bestuur beslist *ex nunc*'¹⁵²) en het uitgangspunt van scheiding der machten ('de bestuursrechter treedt niet in de vrijheid van het bestuursorgaan'), kan enige bemoeienis van de bestuursrechter met de besluitvorming door het bestuur na de vernietiging doorgaans slechts een schot voor de boeg in voorzichtige bewoordingen zijn.¹⁵³ Daarbij spelen natuurlijk ook de belangen van derden en eventueel het gebrek aan kennis en deskundigheid een rol van betekenis. Gelet op de behoefte aan een versterkt geschillenbeslechtend vermogen en de verantwoordelijkheid die de bestuursrechtspraak daar steeds meer voor lijkt te krijgen, is ondanks de inherente beperkingen ook meer aandacht ontstaan voor de aangeklede opdracht aan het bestuursorgaan. Het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht wijzigt het eerste lid van artikel 8:72 Awb expliciet in de zin dat de rechter aanwijzingen kan geven.¹⁵⁴ Benadrukt zij dat die aanwijzingen het nieuw te nemen besluit moeten betreffen. Een daaraan gerelateerde en in de kern effectieve aanvulling van de uitspraakbevoegdheden is de in artikel 8:72 lid 4 onder b Awb opgenomen mogelijkheid om te bepalen dat bij de voorbereiding van het nieuwe besluit niet (geheel) de procedure zoals neergelegd in afdeling 3.4 Awb hoeft te worden gevolgd. Daarnaast kent het wetsvoorstel Wet Aanpassing bestuursprocesrecht de hogerberoepsinstantie de bevoegdheid toe om de vernietiging te doen vergezellen van de bindende mededeling dat die hogerberoepsinstantie direct – met overslaan van de rechter in eerste aanleg – bevoegd is een eventueel beroep tegen het nieuw te nemen besluit te beoordelen. Die mogelijkheid wordt ook wel aangeduid met de term *judiciële lus* of *sprongberoep*.¹⁵⁵ Verburg biedt een overzicht aan de hand van de in de jurisprudentie gebruikte overwegingen waarin de bestuursrechter aangeeft wat nodig is voor het nemen van een rechtmatig besluit na de vernietiging. De meest voor de hand liggende vorm van het gebruik van de aangeklede opdracht is het bestuursorgaan duidelijk te maken hoe het nieuwe besluit – procedureel en inhoudelijk – moet worden

¹⁵¹ Daarmee is dus ook geen sprake van finale afdoening van het geschil door de bestuursrechter, zie *PG Awb II*, p. 460. Overigens zal de verplichting om opnieuw een besluit te nemen in de Awb worden opgenomen indien het Wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht wet wordt, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2 en 3.

¹⁵² Zie daarover met name N. Verheij, 'Tussen toen en nu', *JBplus* 2003, p. 26 e.v.

¹⁵³ M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijk voorprocedure* (SB-3), Deventer: Kluwer 2010, p. 781.

¹⁵⁴ Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2, p. 17.

¹⁵⁵ Zie het voorgestelde artikel 8:6 lid 2 Awb, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 42.

genomen ('opdracht binnen de vernietigingsgrondslag'). De bestuursrechter heeft in artikel 8:72 lid 4 onder b Awb voor een specifiek geval expliciet de bevoegdheid gekregen om over de te volgen procedure aanwijzingen te geven.¹⁵⁶

Alle aanwijzingen betreffen louter de redenen voor de vernietiging en kunnen zich logischerwijs niet uitstrekken tot niet beoordeelde beroepsgronden.

De aanwijzingsbevoegdheid van de bestuursrechter is derhalve ook begrensd door de omvang van het hem voorgelegde geschil. Tevens zijn de aanwijzingen gebaseerd op de ex tunc beoordeling van het besluit, hetgeen betekent dat nieuwe omstandigheden het bestuur kunnen nopen af te wijken van de aanwijzingen van de rechter.¹⁵⁷ Voor niet aangevochten besluitonderdelen en/of uitdrukkelijk en zonder voorbehoud verworpen beroepsgronden geldt overigens dat de rechtsbetrekking, behoudens de mogelijkheid van hoger beroep, materieel vaststaat.

Verburg onderscheidt vervolgens een categorie die gevallen omvat waarin de overige beroepsgronden worden besproken nadat al tot gegrondverklaring is geconcludeerd. Die handelwijze kan wellicht worden opgevat als een aangeklede opdracht, maar kan naar ons oordeel evengoed worden beschouwd als het simpelweg bespreken van de aangevoerde beroepsgronden. Die bespreking geeft belangrijke aanwijzingen voor het nemen van een rechtmatig besluit na de vernietiging. De door Verburg gehanteerde categorisering is te begrijpen vanuit de afwezigheid van de expliciete verplichting om meer beroepsgronden te bespreken dan de eerste die leidt tot gegrondverklaring van het beroep. Het moge duidelijk zijn dat het perspectief van finale geschillenbeslechting de bestuursrechter verplicht niet lichtvaardig een aangevoerde beroepsgrond onbesproken te laten. Het lijkt wenselijk dat de wetgever of de hoogste bestuursrechters expliciet voorschrijven dat een bespreking van de overige beroepsgronden aangewezen is, tenzij effectieve geschillenbeslechting daarbij niet gediend is.¹⁵⁸ Overigens is het in dat verband tevens goed om op te merken dat voor het bestuur tijdens de besluitvorming evenmin een verplichting geldt om zich uit te laten over

¹⁵⁶ Het Wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2) verhuist deze bevoegdheid onveranderd naar art. 8:72 lid 4 Awb. Een verplichting lijkt de bestuursrechter evenwel niet op te kunnen leggen, gelet op het gebruik van de term 'hoeftv'. Alleen een uitspraak waarin ook een termijn voor het nieuwe besluit wordt gesteld, kan die verplichting eventueel materieel bewerkstelligen.

¹⁵⁷ Zie in die zin ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 55.

¹⁵⁸ Vgl. ook de suggesties in R. Jue & M. van Wees, 'Op zoek naar een concept van effectieve bestuursrechtspraak', *Trema special* 2010, p. 455 ('4.6 Als definitieve geschillenbeslechting niet mogelijk is, laat de rechter zich in zijn uitspraak uit over alle geschilpunten.')

meer aspecten van de aanvraag dan het eerste dat kan leiden tot weigering.¹⁵⁹ Indien rechtsbescherming wordt ingeroepen, kan het geschil dat aan de rechter wordt voorgelegd zeer eng zijn en vooral niet het gehele geschil tussen burger en bestuursorgaan betreffen.¹⁶⁰ Nagedacht dient te worden over de vraag onder welke voorwaarden en in welke omstandigheden de bestuursrechter het bestuursorgaan gedurende de gerechtelijke procedure – waarin de rechter heeft geconstateerd dat ten onrechte tot weigering van de aanvraag is besloten – zou kunnen verplichten tot een standpuntbepaling over andere eventuele weigeringsgronden, teneinde de mogelijkheid van finale geschillenbeslechting te optimaliseren.

De meest opmerkelijke categorie van aanwijzingen die door Verburg wordt onderscheiden achten wij echter de zogenaamde prospectieve aanwijzingen. Het betreft een categorie van aanwijzingen die niet goed past binnen het systeem waarin de aanwijzingen louter het vernietigde besluit betreffen.¹⁶¹ Ondanks dat het een uiterst heterogene groep verzamelde jurisprudentie betreft, blijkt daaruit dat bestuursrechters creatief de grens opzoeken van wat zij vermogen als het gaat om aanwijzingen na vernietiging van een besluit. Efficiënte, finale geschillenbeslechting binnen een redelijke termijn is daarbij de drijvende kracht.

In een vergelijking tussen kale vernietigingen en aangeklede opdrachten is allereerst uitgangspunt dat beide steeds betrekking hebben op het bestreden besluit. Sterker: opdrachten die de rechter geeft dienen betrekking te hebben op punten die (nog) in geschil zijn tussen partijen of op door de rechter ambtshalve te beoordelen aspecten van de besluitvorming. Volstrekt helder is dat met een aangeklede vernietiging meer duidelijkheid wordt verstrekt aan het bestuursorgaan

¹⁵⁹ Zie bv. ABRvS 15 december 2004, *Gst.* 2005, 75 m.nt. red., waarin schadevergoeding was geweigerd vanwege causaliteitsgebreken, vervolgens ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/213 m.nt. Van Ravels & A.M.L. Jansen, *JB* 2009/42 m.nt. Albers, en voorlopig tot slot Rb. Leeuwarden 14 juni 2011, *LJN* BQ8228, waarin een besluit aan de orde was waarin ten onrechte werd gesteld dat de schade niet aannemelijk gemaakt zou zijn.

¹⁶⁰ Dit tot frustratie van bijvoorbeeld N.S.J. Koeman, *Een wereld te winnen* (afscheidsrede Amsterdam, UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2010, p. 21-22; N.S.J. Koeman, 'Het perspectief van de advocaat', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 121.

¹⁶¹ Zo betreft een van de voorbeelden de vernietiging van de weigering om te handhaven door de rechtbank, maar ook de aanwijzing om een nieuw besluit te nemen strekkende tot handhaving. Die benadering werd door de Afdeling gecorrigeerd, zie ABRvS 29 januari 2003, *AB* 2003/220 m.nt. De Waard.

dan met een kale vernietiging. De grens van wat de bestuursrechter vermag in zijn uitspraak als het gaat om het geven van aanwijzingen aan het bestuur is in strikte zin gerelateerd aan het aangevochten besluit en de aangevoerde en beoordeelde beroepsgronden. De bevoegdheid om een aanwijzing te geven kent inherent beperkingen. Uit het overzicht van Verburg volgt dat bestuursrechters in sommige gevallen de grens bewust opzoeken indien daardoor efficiënte geschillenbeslechting kan worden gerealiseerd. Gelet op het toegenomen bewustzijn van de bestuursrechter aangaande de maatschappelijke afkeer van de kale vernietiging, zal ook meer druk ontstaan op de aangeklede vernietiging en/of het goed formuleren van aanwijzingen. De mate waarin de bestuursrechter zich geroepen voelt om aanwijzingen te geven na een vernietiging, is een afspiegeling van de door hem gevoelde verantwoordelijkheid om bestuur en burger te faciliteren bij het finaal beslechten van het geschil dat hen verdeeld houdt. Belangrijk is evenwel om te constateren dat de aanwijzingen strikt genomen niet de vrijheid van het bestuursorgaan kunnen betreffen en dat zij noodgedwongen gebaseerd zijn op de in de procedure vastgestelde, relevante feiten. Die feitelijke omstandigheden kunnen evenwel achterhaald en derhalve niet langer relevant zijn voor het bestuursorgaan dat ex nunc een nieuw besluit dient te nemen. Gelet op de beperkingen biedt de aangeklede vernietiging de bestuursrechtspraak niet het geschillenbeslechtend vermogen waarnaar gestreefd wordt, maar zal in voorkomend geval wel moeten volstaan.

3.1.3 *Behoefte aan het oneigenlijk gebruik van een (neven)dictum*

Het streven naar finale geschillenbeslechting kan ook leiden tot het oneigenlijke gebruik van bestuursrechterlijke bevoegdheden. De voornaamste verplichting van de bestuursrechter in geschillen waarin het beroep gegrond wordt verklaard, is de vernietiging van het bestreden besluit. Daarop volgt doorgaans een aanwijzing aan het bestuur om een nieuw besluit te nemen. Artikel 8:72 lid 4 onder a en lid 5 Awb¹⁶² biedt de bestuursrechter evenwel de bevoegdheid om het bestuursorgaan – gelet op het gebruik van het woord *of* – als *alternatief* te verplichten een andere handeling te verrichten dan het nemen van een besluit. Terwijl de verplichting om een nieuw besluit te nemen na de vernietiging min of meer volgt uit het wettelijk systeem en codificatie daarvan in artikel 8:72 Awb enkel de rechtszekerheid dient,¹⁶³ wekt de mogelijkheid om tot een andere hande-

¹⁶² Zie ook het voorgestelde art. 8:72 lid 5 Awb in *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 2, p. 17.

¹⁶³ Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 55. De explicitering volgt uit de aanbevelingen van de tweede evaluatie van de Awb, zie Commissie Boukema, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2000*, Den Haag: BJu 2001, p. 40.

ling te verplichten enige verwondering. Natuurlijk heeft de VAR-Commissie Rechtsbescherming in 2004 de wens uitgesproken om te komen tot de bevoegdheid van de bestuursrechter een bestuursorgaan te verplichten een bepaalde feitelijke handeling te verrichten of juist na te laten. Het is echter de vraag of het in de wet opgenomen artikel 8:72 lid 4 onder c Awb daadwerkelijk die mogelijkheid creëert.¹⁶⁴ Tot op heden zal – mede gelet op de afbakening van de toegang tot de rechter met behulp van het besluitbegrip – moeten gelden dat deze bevoegdheid louter ziet op gevallen waarin niet een besluit het voorwerp van geschil is, maar een door de wetgever appellabel gemaakte *andere handeling*, bijvoorbeeld een handeling waarbij een ambtenaar betrokken is of het bekendmaken van een van rechtswege gegeven beschikking. Ook Jansen lijkt tot die conclusie te komen.¹⁶⁵

Centrale en voorlopig ongewijzigde notie van het bestuursprocesrecht is dat de bestuursrechter opereert binnen het kader van het besluitbegrip en in zijn uitspraak enkel daarover kan oordelen. Dat maakt het systeem sluitend en overzichtelijk. Bij gebreke aan een heldere memorie van toelichting met oog voor deze problematiek, houden wij het er op dat de wetgever geen wijziging in dat systeem heeft willen aanbrengen. Die conclusie heeft de bestuursrechters er evenwel niet van weerhouden om vindingrijk gebruik te maken van de mogelijkheden die de Awb daartoe lijkt aan te reiken. Jansen illustreert dat met enkele uitspraken waarin de bestuursrechter niet volstaat met een vernietiging van het besluit, maar de vernietiging van het bestreden besluit – in weerwil van een letterlijke lezing van de bepaling – *combineert* met een opdracht om een feitelijke handeling te verrichten. Sprekende voorbeelden betreffen de door de Centrale Raad gegeven opdracht enerzijds aan de Staat¹⁶⁶ om een specifieke tekst te plaatsen in een regionaal dagblad, ter compensatie voor het feit dat de appellant ten onrechte uit zijn functie was ontheven, anderzijds aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties om aan belanghebbende bedragen (feitelijk) te betalen binnen een bepaalde termijn en op straffe van een door de

¹⁶⁴ A.M.L. Jansen, 'Een oneigenlijk gebruikt nevendictum: de opdracht tot een "andere handeling"', *JBplus* 2008, p. 188 e.v. wijst op het ontbreken van enige aanwijzing van de wetgever over de reikwijdte van die bepaling. Ook de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 56-57) geeft daarover geen voorlichting.

¹⁶⁵ A.M.L. Jansen, 'Een oneigenlijk gebruikt nevendictum: de opdracht tot een "andere handeling"', *JBplus* 2008, p. 191.

¹⁶⁶ Zie CRvB 13 juni 2002, *AB* 2002/337 m.nt. Voermans (dat de opdracht was gericht tot de rechtspersoon en niet tot het bestuursorgaan maakt al duidelijk dat de grenzen van het wettelijk systeem werden opgezocht).

Staat te betalen dwangsom.¹⁶⁷ Hoewel de eerste uitspraak een ambtenarenzaak betreft en de rechtsmacht van de bestuursrechter daar niet enkel is gekoppeld aan het besluitbegrip, passen de genoemde uitspraken eigenlijk niet goed in het systeem zoals dat in de Awb is neergelegd. Het is de vraag of veel recente voorbeelden zijn aan te wijzen, maar naar ons oordeel staat vast dat de bestuursrechter bij einduitspraak enkel kan verplichten tot handelingen waarover hij rechtsmacht heeft. In dat licht achten wij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin wordt gesteld dat de betreffende bevoegdheid terughoudend dient te worden toegepast, nog voorzichtig uitgedrukt.¹⁶⁸ Vastgesteld kan worden dat bestuursrechters weliswaar het systeem van de Awb met voeten lijken te treden, maar dat zij vanuit het perspectief van finale geschillenbeslechting in bijzondere gevallen een pragmatische aanpak kiezen met het oog op het finaal beslechten van het geschil tussen bestuur en burger. Met Jansen kunnen wij stellen dat tot op zekere hoogte is te prijzen dat bestuursrechters op deze vindingrijke wijze te werk gaan. Gelet op de behoefte aan finale geschillenbeslechting oogst een dergelijke aanpak al snel veel lof. De inbreuken op het systeem blijven in de meeste gevallen ook beperkt tot het geven van een opdracht tot het verrichten van aan het vernietigde besluit gerelateerde feitelijke handelingen. De jurisprudentie inzake het oneigenlijke gebruik van dit nevendictum geeft aan dat behoefte bestaat aan een dergelijke uitspraakbevoegdheid. Ook Koeman heeft recent aangegeven dat goede redenen kunnen bestaan voor dergelijke uitspraken. Zo acht hij het opmerkelijk dat de bestuursrechter in voorkomend geval niet kan dwingen tot een bouwstop in een procedure van een derde tegen de voor het bouwplan van zijn buurman verleende bouwvergunning. Binnen het op het besluitmodel gebaseerde bestuursprocesrecht, zo stelt ook Koeman, is die onbevoegdheid echter begrijpelijk en is voor een dergelijke bevoegdheid dan ook geen expliciete wettelijke grondslag te vinden.¹⁶⁹

Naar ons oordeel is een eventueel te construeren wettelijke grondslag eveneens oneigenlijk zolang de rechtsmacht van de bestuursrechter niet is verbreed tot (het nalaten van) de feitelijke handeling waartoe de bestuursrechter het bestuursorgaan zou willen verplichten. De handelingen waartoe in een uitspraak verplicht kan worden, zullen in beginsel steeds strikt gerelateerd moeten zijn aan de handeling waartegen beroep is ingesteld. In het huidige stelsel betreft dat dus een appellabel

¹⁶⁷ CRvB 14 februari 2002, *AB* 2003/224 m.nt. A.M.L. Jansen.

¹⁶⁸ ABRvS 30 november 1998, *JB* 1999/12 m.nt. Schlössels, *AB* 1999/90 m.nt. Michiels.

¹⁶⁹ N.S.J. Koeman, 'Het perspectief van de advocaat', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 122.

besluit of een appellabele andere handeling.¹⁷⁰ Uit de behoefte kan echter afgeleid worden dat het zinvol is om na te denken om de bestuursrechter bevoegd te maken inzake bepaalde aan het besluit gerelateerde feitelijke handelingen van het bestuur, bijvoorbeeld uitvoeringshandelingen. Daarbij kan gedacht worden aan de verplichting een bepaald besluit feitelijk uit te voeren. Dat past ook bij de conclusie die in hoofdstuk 2 werd getrokken. Daartoe zal naar ons oordeel een rechtsingang en bijpassende uitspraakbevoegdheden moeten worden gecreëerd. Niet ondenkbaar is dat een (vorm van de) verzoekschriftprocedure op dat punt behulpzaam kan zijn.

3.2 Ontwikkeling naar moderne finale geschillenbeslechting

3.2.1 Nieuwe wijn in oude zakken

De Awb kent sinds jaar en dag de bevoegdheid van de bestuursrechter om – na gegrondverklaring van het beroep – hetzij de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten (de zogenaamde gedektverklaring, neergelegd in art. 8:72 lid 3 Awb¹⁷¹) hetzij zijn uitspraak in de plaats te stellen van het vernietigde besluit (het zogenaamde zelf in de zaak te voorzien, neergelegd in art. 8:72 lid 4 onder c Awb). Juridisch verschillen beide bevoegdheden nauwelijks van elkaar. In beide gevallen zal de bestuursrechter zijn uitspraak in de plaats stellen van een onrechtmatig bevonden en vernietigde besluit. De bestuursrechter dient daarbij steeds te oordelen naar de omstandigheden en feiten zoals die bestaan ten tijde van het doen van de uitspraak (ex nunc).¹⁷² Bij het in stand laten van de rechtsgevolgen zal de uitspraak inhouden dat het onrechtmatige besluit zoals dat door het bestuursorgaan is genomen, toch zal gaan gelden vanaf het moment van de uitspraak. In het tweede geval wordt door de bestuursrechter een besluit met een andere inhoud 'genomen' of 'vastgesteld'. In beide gevallen acht men het geschil definitief beslecht omdat met de uitspraak van de bestuursrechter duidelijk is hoe het besluit vanaf dat moment zal luiden. Dat biedt in de meeste gevallen duidelijkheid en zekerheid voor alle partijen.¹⁷³ Vereist voor het gebruik van de bevoegdheden is dat de bestuursrechter voldoende kennis heeft van de – op het

¹⁷⁰ Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure* (SB3), Deventer: Kluwer 2011, p. 855.

¹⁷¹ Deze bevoegdheid bestond al in de artikelen 5 lid 3 Tijdelijke wet Kroongeschillen, 58b lid 3 en 99 lid 2 Wet RvS, 59 Wet Arbo en 48 Ambtenarenwet 1929.

¹⁷² Op dat punt bestaan overigens uitzonderingen in het voordeel van de burger.

¹⁷³ B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschillenbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007, p. 93 (par. 5.6).

moment van de uitspraak geldende – feiten en omstandigheden van het geval (ex nunc) en dat de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur wordt gerespecteerd. Uitgaande van het beslissingsprimaat van het bestuur is eigenlijk steeds sprake van een situatie waarin de bestuursrechter op de stoel van het bestuur gaat zitten indien hij gebruik maakt van zijn bevoegdheden op grond van artikel 8:72 lid 3 of 4 onder c Awb. Terzijde zij opgemerkt dat er ook auteurs zijn die ook het vernietigen door de bestuursrechter van een door het bestuur genomen besluit een schending van het beslissingsprimaat van het bestuur achten.¹⁷⁴ Wat daar ook van zij, steeds dient daarnaast rekening te worden gehouden met eventuele belangen van derden, die niet met voeten mogen worden getreden door de finale wijze van geschillenbeslechting. Hoewel de hier genoemde redenen ongetwijfeld de belangrijkste factoren zijn die zich verzetten tegen finale geschillenbeslechting door de bestuursrechter, zijn in de literatuur lijstjes te vinden met andere factoren. Vaak genoemd worden procedurele en formele belemmeringen, het gebrekkige mandaat van de vertegenwoordigers van het bestuur, de vrees dat het bestuur zijn taakuitoefening voor een deel uit handen geeft aan de rechter, doorlooptijden van beroepsprocedures en het zittingsgericht werken van rechtbanken.¹⁷⁵

Over de gedektverklaring en het zelf in de zaak voorzien stelt de memorie van toelichting dan ook dat van de hier bedoelde bevoegdheden om *proces-economische redenen* gebruik kan worden gemaakt. Daarmee wordt overigens louter bedoeld op de situatie waarin overduidelijk is dat terugwijzen naar het bestuur om alsnog te beslissen niet efficiënt zou zijn. Een sprekend voorbeeld daarvan is dat de bestuursrechter in zijn uitspraak zou kunnen vaststellen dat een ten onrechte ontvankelijk verklaard bezwaarschrift alsnog niet-ontvankelijk wordt verklaard. Een ander voorbeeld dat werd gegeven, is de bouwvergunning die nooit verleend had mogen en kunnen worden. Blijkt dat pas in de gerechtelijke procedure, dan zou de rechter zelf in de zaak kunnen voorzien door ook het primaire besluit te herroepen. Een veel gehoorde redenering uit de memorie van toelichting die recent nog is herhaald,¹⁷⁶ is dat de bestuursrechter de bevoegdheden slechts kan gebruiken indien er rechtens nog maar één besluit kan worden genomen na de vernietiging. De toelichting voegt daar overigens aan toe dat

¹⁷⁴ Vgl. het model Tak, waarover uitgebreid T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak. Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006.

¹⁷⁵ B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschillenbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007, p. 163.

¹⁷⁶ Zie *PG Awb II*, p. 460; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 450, nr. 3, p. 56.

partijen – met het oog op het belang dat zij bij finale geschillenbeslechting hebben – aan de rechter kunnen vragen zelf in de zaak te voorzien, ook wanneer daarbij nog een zekere discretie voor het bestuur aanwezig is. Indien geen ontoelaatbaar nadeel wordt toegebracht aan derde-belanghebbenden, zou de rechter onder omstandigheden aan een dergelijk verzoek kunnen voldoen. Onder welke omstandigheden kan worden vastgesteld dat niet het bestuursorgaan, maar de bestuursrechter vanwege proceseconomische redenen de aangewezen instantie is om het geschil finaal te beslechten, is zeker nog niet voor alle situaties voldoende duidelijk. Empirische gegevens zijn schaars.¹⁷⁷ Een vergelijkbare redenering geldt voor het argument dat zelf in de zaak voorzien enkel aan de orde kan zijn als rechtens nog slechts één besluit kan worden genomen na de vernietiging. Duidelijk is dat de vraag of die situatie zich voordoet ook afhankelijk kan zijn van de wijze waarop de procedure is gevoerd, van de verantwoordelijkheid die de rechter voelt om de voor het nemen van het juiste besluit relevante gegevens gedurende de procedure helder te krijgen en van de mate waarin het bestuursorgaan bereid of verplicht is uitspraken te doen over de inhoudelijke invulling van de resterende beleids- en/of beoordelingsvrijheid. De memorie van toelichting stelt enkel dat zelf in de zaak voorzien niet aan de orde is indien ook een beoordeling van andere feiten en omstandigheden nodig is dan die welke in de procedure in verband met het punt van geschil een rol hebben gespeeld. In dat geval zou de rechter kunnen volstaan met de enkele vernietiging, aldus de memorie van toelichting. Daarvan hebben we al gezien dat die afdoeningsmodaliteit tegenwoordig uit de gratie is, tenzij geen andere oplossing voorhanden is. Wel benadrukken we hier dat er nog altijd een substantieel aantal gevallen zal zijn waarin de bestuursrechter moet volstaan met een (kale danwel aangeklede) vernietiging, waarmee het bestuursorgaan wordt verplicht opnieuw te besluiten. Wij zijn van oordeel dat er veel voor pleit om in die gevallen – zonder coulance voor het bestuur – steeds op grond van artikel 8:72 lid 5 Awb een redelijke termijn te stellen en de verplichting om binnen die termijn opnieuw te beslissen in meer gevallen dan dat tot op heden kracht bij te zetten door op grond van artikel 8:72 lid 7 Awb aan overschrijding van die termijn een dwangsom te verbinden.

3.2.1.1 Oude zakken: gedektverklaring en zelf voorzien

Vele jaren werd in de jurisprudentie op 'keurige' wijze aansluiting gezocht bij de terughoudende interpretatie van de bevoegdheid om de rechtsgevolgen van

¹⁷⁷ Zie wel recent: K.A. van der Veer, *Slagvaardige geschillenbeslechting in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

een vernietigd besluit in stand te laten of om zelf in de zaak te voorzien. In die gevallen waarin naar aanleiding van de – op beoordeling van het besluit gerichte – procedure evident was welk besluit het bestuur zou moeten nemen na een vernietiging, werd de bevoegdheid toegepast. Vanzelfsprekend geldt hier dat er verschillen in werkwijze bestonden tussen verschillende rechters, maar de kern van de jurisprudentie betrof een terughoudende instelling, die ook met recht aangenomen werd, gelet op de rechterlijke functie binnen de constitutionele verhouding tussen de staatsmachten.¹⁷⁸ Ook binnen die staatsrechtelijke grenzen werden overigens door vele auteurs al meer mogelijkheden gezien dan de jurisprudentie toonde. Er was met andere woorden kritiek op de terughoudende opstelling. Met name is dan van belang dat het bestuur in een aantal categorieën van gevallen niet of nauwelijks beschikt over beleids- en beoordelingsvrijheid. Waar die vrijheid er wel is, bestaat bovendien de mogelijkheid dat wordt bewerkstelligd dat het bestuursorgaan die vrijheid beperkt. Te denken valt aan het vaststellen van beleidsregels, het hanteren van een vaste gedragslijn of het verrichten van vertrouwenwekkende gedragingen, waarbij ook gedacht kan worden aan uitlatingen van de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan in de gerechtelijke procedure.

Vaker zelf in de zaak voorzien is ook het pleidooi van Polak, Van Lessen Kloeke en Van der Meersch in 2002.¹⁷⁹ Zij stellen dat in een bepaald soort geschillen, waarin de beleids- en/of beoordelingsvrijheid van het bestuur afwezig danwel beperkt aanwezig is, zoals bijvoorbeeld in schadevergoedingszaken, veel vaker dan op dat moment gebeurde zelf in de zaak zou kunnen worden voorzien.¹⁸⁰ In geschillen over een zelfstandig schadebesluit ligt enkel dat besluit ter toetsing voor, maar zou de bestuursrechter bij gebleken onrechtmatigheid eigenlijk moeiteloos moeten overschakelen naar de vraag welk besluit dan wel genomen zou moeten worden. Die gedachte ligt natuurlijk ook ten grondslag aan de invoering van de zelfstandige schadeverzoekschriftprocedure, zoals we die eerder bespraken. In geschillen waarin geen beleids- en/of beoordelingsvrijheid aanwezig is en waarin bovendien geen belangen van derden betrokken zijn, zou zelf in de zaak voorzien regel kunnen zijn. Daartoe is dan wel noodzakelijk dat gedurende de procedure de daarvoor relevante feitelijke omstandigheden

¹⁷⁸ Zie ook Raad van State, *Jaarverslag 2006*, p. 92-93.

¹⁷⁹ J.E.M. Polak, K. van Lessen Kloeke & M.F. van der Meersch, 'Zelf in de zaak voorzien: tussenstand en vooruitblik', *NTB* 2002, p. 3-11.

¹⁸⁰ Zie ook al aanbeveling 73 in Commissie Algemene wet bestuursrecht, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 99.

(ex nunc) voldoende komen vast te staan en dat partijen zich hebben uitgelaten over alle aspecten van het geschil. De procedure zou dan gericht zijn op het vaststellen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking voor zover die wordt bepaald door het bestreden besluit. Of aan die voorwaarden op efficiënte wijze kan worden voldaan door de bestuursrechter die wordt geconfronteerd met een besluit dat aan alle kanten rammelt, is zeer de vraag.

Een in 2008 gepubliceerd verslag van een empirisch onderzoek naar de onderbenutting van de mogelijkheden van finale geschillenbeslechting, stelt in de conclusies onder meer het punt van de efficiëntie centraal. Vastgesteld wordt dat de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien niet vaak wordt ingezet om inhoudelijke wijzigingen te brengen in het door het bestuursorgaan genomen besluit, maar eigenlijk steeds om door de bestuursrechter ambtshalve te beoordelen procedurele aspecten recht te zetten, zoals de ontvankelijkheid van een bezwaar of de bevoegdheid van een bestuursorgaan.¹⁸¹ Marseille en Van der Heide stellen in die publicatie terecht de vraag of het non-gebruik van die bevoegdheid voor andere situaties wordt verklaard doordat de bestuursrechter niet wil of doordat hij niet kan. Natuurlijk is het onderzoek van de rechter voornamelijk gericht op het ex tunc toetsen van het bestreden besluit op rechtmatigheid en kan er in veel gevallen sprake zijn van beleids- en/of beoordelingsvrijheid voor het bestuursorgaan. Die aspecten staan van oudsher in belangrijke mate in de weg aan finale geschillenbeslechting door de bestuursrechter. Niet centraal in de procedure staan derhalve de feitelijke omstandigheden en het geldende recht op het moment van de uitspraak van de bestuursrechter. Laat staan dat er wordt gezocht naar de voor het geschil meest geschikte inkleuring van de beleids- en/of beoordelingsvrijheid van het bestuur. Het bestuursorgaan beslist en de rechter is enkel aangewezen om te toetsen of de besluitvorming zorgvuldig en volgens de regels van het spel heeft plaatsgehad. Alleen met voldoende kennis van de relevante feiten (ex nunc) en met respect voor de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur kan de bestuursrechter het gebruik van de bevoegdheden van artikel 8:72 lid 3 en lid 4 onder c Awb (verder) optimaliseren. Marseille en Van der Heide concluderen dat de mogelijkheden om het geschil finaal te beslechten het grootst zijn als blijkt dat relevante feiten door het bestuursorgaan onjuist zijn vastgesteld of gekwalificeerd, dat een kleinere kans bestaat indien er onvoldoende onderzoek naar de feiten is gedaan en dat de kans

¹⁸¹ A.T. Marseille & R.R. van der Heide, 'De onderbenutting van de mogelijkheden tot finale beslechting door de bestuursrechter', *JBplus* 2008, p. 91.

bijzonder klein wordt indien het bestuur een bezwaarschrift bijvoorbeeld ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. Kansen voor de bestuursrechter zien zij nog in de situatie waarin een ondeugdelijke motivering eigenlijk het zicht op de (on)juistheid van het besluit verhult. Alleen indien het bestuursorgaan de relevante feiten onjuist heeft vastgesteld of gekwalificeerd, geldt dat de bestuursrechter in zijn oude rol van toetser toch tot finale geschillenbeslechting kan komen. In alle overige gevallen geldt dat als de bestuursrechtspraak streeft naar finale geschillenbeslechting, van de bestuursrechter een andere houding wordt verwacht dan hij veelal aanneemt. Het probleem waar Marseille en Van der Heide tegenaan lopen is dat, als voor de bestuursrechter duidelijk is op welke wijze het geschil definitief beslecht zou kunnen worden, het voor het verwerende bestuursorgaan eveneens duidelijk zal zijn na een (kale of aangeklede) vernietiging. De toegevoegde waarde van de finale geschillenbeslechting door de bestuursrechter is in veel gevallen zeer gering. Die constatering geldt natuurlijk ook op het moment dat de bestuursrechter verantwoordelijk zou worden om zoveel als mogelijk te streven naar finale geschillenbeslechting gedurende de gerechtelijke procedure. Het besluitvormingsprimaat van het bestuur vormt een goed sluitstuk van het idee dat het bestuur na een vernietiging in beginsel 'aan de beurt' is om opnieuw te voorzien. Indien tegen het opnieuw voorzien niet wordt opgekomen, en we weten dat dat in een aanzienlijk aantal zaken aan de orde is,¹⁸² dan moet het er voor worden gehouden dat het geschil daarmee finaal is beslecht. Het betoog van Marseille en Van der Heide is een ietwat verhuld pleidooi voor efficiëntie. De stelling is dat het toch niet zo mag zijn dat de bestuursrechter eindverantwoordelijk wordt voor finale geschillenbeslechting na vernietiging van een besluit, terwijl het efficiënter is het bestuursorgaan opnieuw te laten voorzien in die gevallen waarin dat met minder kosten en met minder tijd gemoeid zal gaan. Dat pleidooi laat weliswaar principiële argumenten links liggen, maar zal velen toch aanspreken. Dat het primaat van het vaststellen van de rechtsverhouding ligt bij het bestuur en dat de bestuursrechter niet op de stoel van het bestuur moet gaan zitten, zou een keuze voor opnieuw voorzien door het bestuur verder versterken. Aan de andere kant kan de wens te komen tot geschillenbeslechting binnen een redelijke termijn en de burger te confronteren met een gerechtelijke procedure die leidt tot de definitieve vaststelling van het besluit, de gedachte doen postvatten dat de bestuursrechter steeds zorg moet dragen voor finale

¹⁸² K.A. van der Veer, *Slagvaardige geschillenbeslechting in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011; zie ook K.A. van der Veer & A.T. Marseille, 'Besluitvorming na een rechterlijke vernietiging: de achilleshiel van het bestuursrecht', *NJB* 2006, p. 2168-2175.

geschillenbeslechting.¹⁸³ Aan dat laatste argument lijkt de maatschappij en ook de literatuur een steeds groter gewicht toe te kennen.¹⁸⁴ Efficiëntie alleen is dan niet doorslaggevend.

3.2.1.2 Nieuwe wijn: nieuwe verantwoordelijkheid

Sinds een aantal jaren lijkt de jurisprudentie daadwerkelijk een minder terughoudend gebruik voor te staan van de gedektverklaring en het zelf in de zaak te voorzien. J.A.M. van Angeren wijst in 2009 op de langzame voltrekking van deze verschuiving.¹⁸⁵ Hij citeert uit de jaarverslagen van de Raad van State, waarin al sinds 2007 wordt gezinspeeld op dit nieuwe elan. Daarin wordt de doelmatige, doeltreffende en tijdige geschillenbeslechting in de vorm van finale afdoening benadrukt en wordt expliciet gewezen op de voorzichtige trend om meer dan in het verleden aan finale geschillenbeslechting te doen. Het voert hier te ver om opnieuw te doen wat Van Angeren al deed, namelijk de gewijzigde jurisprudentie ten aanzien van het gebruik van de hier bedoelde bevoegdheden weergeven. Inmiddels is wel duidelijk dat ook het dogma dat slechts zelf in de zaak kan worden voorzien indien na de vernietiging rechtens nog slechts een besluit kan worden genomen, heeft afgedaan. De Afdeling heeft expliciet overwogen dat dat uitgangspunt niet langer richtinggevend kan zijn omdat daarvoor geen grondslag in het recht is te vinden.¹⁸⁶ Op moment van schrijven is nog niet volstrekt helder hoe ver de bevoegdheid, de verantwoordelijkheid en/of de verplichting van de bestuursrechter reikt om te zorgen dat geschillen finaal beslecht (kunnen) worden. Gelet op de middelen die de bestuursrechter ter beschikking staan, kan worden verondersteld dat elk bestuursrechtelijk geschil over een besluit onder de verantwoordelijkheid (of: regie) van de bestuursrechter finaal kan worden beslecht. Efficiënt zal dat echter zeker niet altijd zijn. De belangrijkste uitdaging voor de bestuursrechtspraak op dat punt is om op basis van ervaringen in de praktijk te

¹⁸³ Opgemerkt zij dat niet alleen de hier bedoelde bevoegdheden dat effect zouden kunnen hebben.

Gedacht kan ook worden aan de situatie waarin het bestuursorgaan onder regie van de bestuursrechter zou kunnen proberen tot een rechtmatig besluit te komen. Die aanpak doet meer recht aan de verschillende posities van bestuur en rechter.

¹⁸⁴ Het proefschrift van S. Pront-van Bommel, *Bestuursrechtspraak* (diss. Amsterdam, UvA), Den Haag: BJu 2002 over modernisering van bestuursrechtspraak lijkt grotendeels te zijn opgebouwd rond die gedachte.

¹⁸⁵ J.A.M. van Angeren, 'Zelf voorzien in stroomversnelling', *JBplus* 2009, p. 257 e.v.

¹⁸⁶ Zie voor het in stand laten van de rechtsgevolgen ABRvS 26 maart 2008, *LJN* BC7627, ABRvS 10 december 2008, *JB* 2009/39, ABRvS 1 april 2009, *LJN* BH9220 en voor het zelf in de zaak voorzien ABRvS 11 februari 2009, *AB* 2009/224 m.nt. Ortlep.

achterhalen welke de taakverdeling is tussen bestuursrechter en bestuursorgaan. Recente jurisprudentie draagt bij aan de rechtsontwikkeling omdat de bestuursrechter na vernietiging van het bestreden besluit steeds de mogelijkheden en vormen van finale geschillenbeslechting dient te onderzoeken en steeds vaker genoodzaakt zal worden te motiveren wanneer finale geschillenbeslechting niet wordt gerealiseerd.¹⁸⁷ De jurisprudentie kent overigens (nog) de belangrijke beperking dat zelf in de zaak voorzien niet mogelijk is in gevallen waarin dat de rechter noopt tot een oordeel over een aangelegenheid waarover partijen zich in de procedure niet of onvoldoende hebben uitgelaten en waartoe ook geen aanleiding bestond.¹⁸⁸ Vooral in het laatste deel van die vorige zin zit het venijn, omdat een beperkt besluit, bijvoorbeeld de weigering van een bouwvergunning enkel vanwege strijd met het Bouwbesluit, niet direct aanleiding geeft om het recht op een bouwvergunning voor de aanvrager vast te stellen. De overige weigeringsgronden zijn immers in het bestreden besluit niet beoordeeld. Koeman betoogt dat behoefte is aan een ontwikkeling van het bestuursprocesrecht waarin de procedure er toe leidt dat vastgesteld wordt of de bouwvergunning geweigerd of verleend moet worden.¹⁸⁹ Het is derhalve de vraag of de huidige opstelling van de bestuursrechter in alle geschillen gerechtvaardigd is. Daarnaast spelen natuurlijk in andere gevallen de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan en de mogelijke belangen van derden een rol bij de vraag of daadwerkelijk tot gedektverklaring of zelf in de zaak voorzien kan worden overgegaan.¹⁹⁰ Inmiddels zijn ook over de nieuwe, minder terughoudende opstelling van de bestuursrechter kritische geluiden te horen.¹⁹¹

Gelet op de wens te komen tot finale geschillenbeslechting in de bestuursrechtelijke procedure lijkt het maatschappelijk onverstandig als de hoogste bestuursrechter steeds zou verkondigen dat slechts zelf in de zaak kan worden voorzien in het geval rechtens nog slechts één besluit kan worden genomen na de vernietiging. Toch is die stelling gelet op de constitutionele kaders waarin de bestuursrecht-

¹⁸⁷ Zie al ABRvS 10 december 2008, *JB* 2009/39.

¹⁸⁸ ABRvS 9 februari 2011, *JB* 2011/69 waarin de rechtbank er op wordt gewezen dat zij had moeten volstaan met een vernietiging.

¹⁸⁹ Koeman spreekt in het gegeven voorbeeld van een bevel om binnen een bepaalde termijn de gevraagde bouwvergunning alsnog te verlenen, zie N.S.J. Koeman, *Een wereld te winnen* (afscheidsrede UvA, Amsterdam), Amsterdam: Vossiuspers 2010, p. 21-22.

¹⁹⁰ ABRvS 11 maart 2009, *AB* 2009/188 m.nt. De Gier, *Gst.* 7316, 41 m.nt. Teunissen; ABRvS 18 mei 2005, *JB* 2005/205 m.nt. Albers; ABRvS 18 juli 1996, *AB* 1997/157, m.nt. Hoitink.

¹⁹¹ L.J.A. Damen, 'Lijdt de bestuursrechter aan "finalitis"?', *AA* 2010, p. 271 e.v. over ABRvS 29 juli 2009, *LJN* BJ4078.

spraak moet functioneren naar ons oordeel in hoge mate gerechtvaardigd. Het verschil met de oude jurisprudentie zou moeten zijn gelegen in de mate waarin de bestuursrechter verplicht kan worden geacht om voorafgaand aan de vernietiging het geschil zodanig te behandelen en te registreren dat de mogelijkheden om tot finale geschillenbeslechting te komen, worden geoptimaliseerd. Goede kansen op finale geschillenbeslechting mogen niet ongebruikt blijven.

Vooruitstrevend en opmerkelijk als het gaat om efficiëntie bij het zelf in de zaak voorzien, zijn de gevallen in de jurisprudentie waarnaar Van Ettekovén in zijn rol als voorzitter van de VAR, Vereniging voor Bestuursrecht, verwijst in zijn in 2010 uitgesproken jaarrede.¹⁹² Hoewel de titel die jurisprudentiële in de sleutel plaatst van rechtsverwerking (van bestuursorganen om opnieuw te proberen een rechtmatig besluit te nemen), betreffen de voorbeelden situaties waarin het bestuursrechtelijke systeem van vernietigen en opnieuw voorzien niet efficiënt heeft gewerkt. In gevallen waarin het bestuursorgaan reeds enkele malen heeft gepoogd een rechtmatig besluit te nemen, bijvoorbeeld om een aangevraagde subsidie te weigeren,¹⁹³ is de rechter eerder geneigd de bevoegdheden die in deze paragraaf centraal staan, te gebruiken. Daarbij lijkt niet alleen de overtuiging dat het bestuursorgaan er niet in zal kunnen slagen een rechtmatig besluit te nemen relevant, maar met name ook dat geschillenbeslechting dient te geschieden binnen een redelijke termijn. Dat laatste zou dan doorslaggevend kunnen zijn voor het toepassen van de bevoegdheid tot finale geschillenbeslechting. Wij zien goede grond om geschillenbeslechting binnen een redelijke termijn buitengewoon serieus te nemen, maar voelen toch sterk dat enkel de rechterlijke overtuiging dat het bestuursorgaan bij het opnieuw voorzien maar één besluit rechtmatig zou kunnen nemen, doorslaggevend moet zijn. In het verlengde van dit perspectief is voorts opmerkelijk dat van invloed is op de vraag of de bestuursrechter gebruik kan maken van zijn in artikel 8:72 lid 3 en lid 4 onder c Awb neergelegde bevoegdheden, of partijen de rechter hebben verzocht om toepassing daarvan. Hoewel het belang van een verzoek reeds werd vermeld in de memorie van toelichting, in 1996 al werd gezinspeeld op de mogelijkheid dat partijen afstand zouden kunnen doen van de beleidsvrijheid¹⁹⁴ en het belang van finale geschillen-

¹⁹² B.J. van Ettekovén, 'Over rechtsverwerking. Naar een nieuw evenwicht tussen respect en daadkracht', te vinden op www.verenigingvoorbestuursrecht.nl.

¹⁹³ Rb. Amsterdam 16 april 2008, *JB* 2008/153 m.nt. Sroink. Zie voor een vergelijkbaar geval ABRvS 20 februari 2008, *JB* 2008/76 m.nt. Albers, *AB* 2009/200.

¹⁹⁴ J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Ervaringen met de Awb. Het bestuursprocesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 245.

beslechting voor partijen niet eenvoudig overschat kan worden, blijft juridisch moeilijk te rechtvaardigen dat het enkele verzoek van invloed zou zijn op de toepassing van de hier bedoelde bevoegdheden. De aanwezigheid van belangen van derden blijven daardoor immers onveranderd en ook de discretionaire ruimte voor het bestuursorgaan verdwijnt niet bij de gratie van een verzoek aan de bestuursrechter. Met het in het publiekrecht bekende stelsel van kenbare bevoegdheidstoedeling, strookt bovendien niet dat de bestuursrechter een discretionaire bevoegdheid zou kunnen 'uitoefenen', enkel omdat het bestuur een verzoek aan de rechter heeft gedaan om zelf in de zaak te voorzien. Dat is enkel anders als het bestuursorgaan exact aangeeft op welke wijze dan zelf in de zaak zou moeten worden voorzien.

Naar ons oordeel dienen de hier genoemde argumenten (redelijke termijn; verzoek van partijen) niet zozeer gelezen te worden als redenen voor de bestuursrechter om met voorbijgaan aan de inherente bezwaren (derde-belanghebbenden; discretionaire ruimte¹⁹⁵) zelf in de zaak te voorzien, maar als criteria – naast efficiëntie – om te bepalen in welke mate de bestuursrechter zich verantwoordelijk dient te achten voor het optimaliseren van de mogelijkheden van finale beslechting. Toch worden deze criteria in de praktijk frequent aangeduid als redenen om de discretionaire ruimte van het bestuur te doorkruisen.¹⁹⁶

3.2.1.3 De verplichting om zelf in de zaak te voorzien

Daar waar de jurisprudentie zicht biedt op argumenten voor een (ver)grote mate van verantwoordelijkheid voor finale geschillenbeslechting door de bestuursrechter, bevat de Awb sinds kort ook een verplichting om in bepaalde geschillen zelf in de zaak te voorzien. De wetgever heeft simpelweg bepaald dat zelf in de zaak dient te worden voorzien in een geschil dat een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete betreft en waarin de bestuursrechter heeft geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep. Onder verwijzing naar de waarborgen van artikel 6 EVRM – waaruit volgt dat aan de regel dat finale geschillenbeslechting binnen een redelijke termijn moet plaatsvinden meer waarde wordt gehecht als het een bestraffende sanctie betreft – stelt de wetgever dat de bijzondere positie van de (bestuurs)rechter in geschillen over een besluit waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd met zich brengt dat de rechter, indien hij het beroep gegrond acht, zo veel mogelijk de zaak zelf afdoet. Daarmee zou de procedure ook beter

¹⁹⁵ Tenzij het bestuursorgaan natuurlijk weloverwogen heeft aangegeven op welke inhoudelijke wijze zelf in de zaak voorzien zou moeten worden.

¹⁹⁶ Zie bv. L.M. Koenraad, 'Groeipijn van het bestuursprocesrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 260.

aansluiten bij de rechtsbescherming in het strafrecht. Artikel 8:72a Awb, dat per 1 juli 2009 geldt ingevolge de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb, verplicht de bestuursrechter er daadwerkelijk toe zelf in de zaak te voorzien. Omdat werd aangenomen dat het bestuur zowel ten aanzien van de hoogte van de opgelegde sanctie als ten aanzien van het vaststellen van de verwijtbaarheid van de gedraging geen vrijheid heeft, is op dat punt niet verbazend dat de bestuursrechter bij gebleken onevenredigheid zelfstandig de juiste hoogte van de boete vaststelt.¹⁹⁷

Recent is duidelijk geworden dat ook anders gedacht kan worden over de mate van vrijheid die toekomt aan het bestuursorgaan bij het vaststellen van de hoogte van de boete. De jurisprudentie van de Afdeling geeft daartoe aanleiding. Beargumenteerd wordt evenwel dat in die situatie de verplichting om zelf in de zaak te voorzien toch gerechtvaardigd is.¹⁹⁸ Ook de feitelijke gedragingen die door het bestuur aan het opleggen van de bestuurlijke boete ten grondslag zijn gelegd, kunnen door het bestuursorgaan hetzij onvoldoende onderzocht zijn hetzij naar het oordeel van de rechter onvoldoende bewezen zijn. Gelet op de bewijslastverdeling in dit soort geschillen, leidt een dergelijk oordeel zeer waarschijnlijk steeds tot vernietiging van het besluit waarbij de boete is opgelegd.¹⁹⁹ In voorkomend geval is dan overigens ook zeer goed denkbaar dat de rechter het boetebesluit vernietigt en zelf in de zaak voorzien de boete op nul stelt, omdat de feiten die de boete constitueren onvoldoende bewezen zijn.²⁰⁰ Ten aanzien van de vraag of in voorkomend geval een boete moet worden opgelegd, kan ook beleidsvrijheid bestaan voor het bestuur en is het minder vanzelfsprekend dat de bestuursrechter geroepen zou zijn om te doen wat het bestuursorgaan behoort te doen. De wettekst dwingt de bestuursrechter echter tot het zelf in de zaak voorzien, waarbij nieuw recht en nieuwe feitelijke omstandigheden (ten gunste van de eiser) worden meegenomen.

Zoals gesteld lijkt met name het idee dat over een bestraffende sanctie binnen een afzienbare termijn duidelijkheid moet bestaan op grond van artikel 6 EVRM, aan die verplichting ten grondslag te liggen. Daarnaast lijkt echter de gedachte te

¹⁹⁷ Dat is gelet op de jurisprudentie voorafgaand aan de invoering van art. 8:72a Awb ook niet echt verrassend, zie reeds CRvB 23 januari 1997, *RSV* 1997/108; ABRs 4 juni 1996, *JB* 1996/172; CRvB 1 november 2001, *JB* 2001/329; HR 28 maart 1990, *BNB* 1990/194.

¹⁹⁸ B.W.N. de Waard, 'De matigende rechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 484.

¹⁹⁹ Zie daarover al ABRvS 15 april 1999, *RAwb* 1999/146.

²⁰⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 152-153. De Afdeling verzuimde zelf in de zaak te voorzien in ABRvS 29 juli 2009, *JV* 2009/368 m.nt. T. de Lange.

hebben postgevat dat het bestuur bij het opleggen van een bestuurlijke boete het in één keer goed moet doen en dat het bestuur van de bestuursrechter geen gelegenheid zou moeten worden geboden om ofwel opnieuw te besluiten tot het opleggen van een boete ofwel eventuele gebreken in het besluit tot opleggen van een bestraffende sanctie te herstellen.²⁰¹ Naar het zich laat aanzien biedt de jurisprudentie op grond van artikel 6 EVRM voor die opvatting niet direct overtuigend steun.²⁰² De memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb refereert als het om artikel 8:72a Awb gaat, uitdrukkelijk aan de houding en de taak van de strafrechter. De strafrechter legt steeds op grond van grondig onderzoek en bewijsvoering door het Openbaar Ministerie de straf zelfstandig op of komt tot een vrijspraak.²⁰³ De gedachtegang van de wetgever is geweest dat weinig verschillen zouden moeten bestaan tussen de houding van de strafrechter en die van de bestuursrechter in gevallen waarin een boete aan de orde is.²⁰⁴ Het is de vraag of dat gelukt is met de enkele invoering van artikel 8:72a Awb, zonder ander bepalingen van het uniforme procesrecht aan te passen. De wetgever biedt op dat punt eigenlijk onvoldoende aanknopingspunten voor de toepassing in de praktijk.²⁰⁵ Zo is het de vraag hoe de verplichting om zelf in de zaak te voorzien zich verhoudt tot het verbod van toetsing *ultra petita*²⁰⁶, het verbod van reformatio in peius en – in iets mindere mate – tot de verplichting *ex tunc* te toetsen.²⁰⁷ Daarnaast is het de vraag welke mate van activiteit de bestuursrechter aan de dag zou moeten leggen alvorens zelf in de zaak te voorzien. Gelet op het gebruik van de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien in andere bestuursrechtelijke geschillen, kan er van uit worden gegaan dat voor de bestuursrechter volstrekt duidelijk moet zijn of een boete kan worden opgelegd, en zo ja, hoe hoog die boete dan zou moeten zijn aan de hand van de feiten en omstandigheden van

²⁰¹ Dat blijkt met name uit de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel voor een bestuurlijke lus, zie *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 6.

²⁰² Zie bv. H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete* (studiepockets staats- en bestuursrecht 43), Deventer: Kluwer 2005, p. 257; C.L.G.F.H. Albers, *De bestuurlijke boete in de gemeentelijke praktijk: straffen en gestraft worden*, *Gst.* (2002) 7176, p. 643.

²⁰³ Dat geldt ook de situatie waarin voorafgaand aan de procedure een strafbeschikking is uitgevaardigd door de Officier van Justitie, zie art. 257f Sv.

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125.

²⁰⁵ Zie in dat verband C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht. De verschraling van een goede strafvordering', *Delikt en Delinkwent* 2006/2, p. 17 e.v.; zie ook C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete onder het juk van het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2006, p. 143 e.v.

²⁰⁶ Dat verbod lijkt simpelweg gehandhaafd te blijven, zie ABRvS 2 juni 2004, *JB* 2004/276.

²⁰⁷ De onschuldpresumptie van art. 15 lid 1 Bupo lijkt met zich te brengen dat *ex nunc* wordt getoetst.

het geval ten tijde van de uitspraak. Ook het idee dat de bestuursrechter bij het zelf in de zaak voorzien (ex nunc) doet hetgeen het bestuursorgaan had behoren te doen en dat hij zeker moet zijn dat wat hij doet in alle opzichten rechtmatig is,²⁰⁸ draagt bij aan de overtuiging dat de verplichting zelf in de zaak te voorzien gepaard zou kunnen gaan met nadere (onderzoeks)activiteit van de bestuursrechter.²⁰⁹ Met Albers hebben wij 'sterk de indruk dat de regering dat niet beoogd heeft met het voorgestelde artikel 8:72a Awb'. 'Rechterlijke feitenvergaring "a charge" lijkt niet goed te passen bij het bestuursprocesrecht, aangezien het daar gaat om de toetsing van bestuursbesluiten.'²¹⁰ Dit zou onder meer inhouden dat het zeer waarschijnlijk niet aan de bestuursrechter is om te doen wat het bestuursorgaan had behoren te doen, maar dat de bestuursrechter zal moeten doen wat de strafrechter ook zou doen. Vrijspraak (oftewel: vernietiging en vaststelling van de boete op nihil²¹¹) als de feiten onvoldoende zijn bewezen en – al dan net na aanvullend onderzoek door de rechter – veroordeling tot een evenredige boete (oftewel: vernietigen en vaststellen van een evenredige boete) in het geval de feiten zijn bewezen. Hoe centraal staat nog de toetsing van een besluit in een procedure waarin – daargelaten de gevallen van niet-ontvankelijkheid en onbevoegdheid – de bestuursrechter verplicht is om zelf in de zaak te voorzien? Niet, zo lijkt het juiste antwoord. Ook het in het strafrecht recent ingevoerde systeem van rechtsbescherming tegen de strafbeschikking, biedt een procesrecht waarin juist niet de opgelegde strafbeschikking centraal staat, maar louter een zelfstandige eis van het Openbaar Ministerie aan de strafrechter om degene die verzet heeft ingesteld tegen de strafbeschikking te veroordelen tot het betalen van een boete. Het inpassen van de procedure tegen een bestuurlijke boete in het besluitenprocesrecht toont aan dat de uitgangspunten van die procedure knellen en dat die procedure niet voor alle soorten geschillen even geschikt is. Dat blijkt niet alleen uit de – naar het oordeel van de wetgever – noodzakelijke verplichting om zelf in de zaak te voorzien en uit alle procesrechtelijke complicaties die dat teweeg brengt, maar tevens uit de afwijkingen bij de toetsing van het besluit tot oplegging van de boete op zich.

²⁰⁸ Vgl. M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure* (SB3), Deventer: Kluwer 2011, p. 874 onder verwijzing naar CRvB 4 maart 2008, RSV 2008/151.

²⁰⁹ Vgl. H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005, p. 249; C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht. De verschraling van een goede strafvordering', *Delikt en Delinkwent* 2006/2, paragraaf 5.3.

²¹⁰ H.E. Bröring & H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: BJu 2010, p. 465.

²¹¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 152.

3.2.1.4 Finale geschillenbeslechting als gezamenlijke verantwoordelijkheid

In paragraaf 3.1 is vastgesteld dat de klassieke kale vernietiging grotendeels heeft afgedaan als afdoeningsmodaliteit in de bestuursrechtspraak. Nu blijkt evenwel dat de op finale geschillenbeslechting gerichte alternatieven als het geven van aanwijzingen, het verplichten tot het verrichten van feitelijke handelingen, het in stand laten van de rechtsgevolgen en het zelf in de zaak voorzien, kunnen stranden op aan de bestuursrechtspraak inherente hindernissen. Het betreft niet alleen de belangen van derden, de te respecteren beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan en de mogelijkheid dat het feitenonderzoek door het bestuur onvolledig is geweest. Bedacht moet worden dat ook wanneer het bestuur een besluit heeft genomen over een beperkt aspect van hetgeen partijen verdeeld houdt ('een aanvraag om een zelfstandig schadebesluit afwijst enkel omdat geen sprake is van causaliteit' of 'een verzoek om handhaving afwijst omdat de verzoeker geen belanghebbende is'), het de vraag is in hoeverre de bestuursrechter verantwoordelijk moet worden gehouden voor finale geschillenbeslechting. Ondanks dat de jurisprudentie meer dan in het verleden wijst op diens verantwoordelijkheid en ook de wetgever daaraan een bijdrage levert in de vorm van de verplichting zelf in de zaak te voorzien,²¹² moet worden vastgesteld dat de bestuursrechtspraak alleen door samenspel met het bestuursorgaan en dus in wisselwerking met het uitvoerende gezag op efficiënte wijze tot optimalisering van het geschillenbeslechtend vermogen kan komen. Dat gegeven is evenwel niet nieuw. In de kern is ook het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien een stelsel waarin bestuursrechter en bestuursorgaan uiteindelijk komen tot een besluit dat de rechtmatigheidstoetsing kan doorstaan. Verschil met de huidige pogingen bestuursrechtelijke geschillen definitief te beslechten is dan ook louter dat het samenspel zo efficiënt mogelijk plaatsvindt binnen een zo kort mogelijke termijn en met respect voor de bijzondere positie van het bestuur als het primaire overheidsorgaan om bevoegdheden uit te oefenen. Dat de bestuursrechter daarin meer het voortouw neemt is de uitdaging van de bestuursrechtspraak. Sinds 1 januari 2010 heeft de wetgever de bestuursrechter ook op dat punt een belangrijk instrument in handen gegeven: de zogenaamde bestuurlijke lus.

²¹² Ook de invoering van de zelfstandige schadeverzoekschriftprocedure kan wat ons betreft als een zodanige bijdrage gelden, omdat de bestuursrechter ook in die procedure wordt verplicht de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger definitief vast te stellen.

3.2.2 Bestuurlijke lus: olifantenpaadje naar finale geschillenbeslechting

3.2.2.1 Behoeftte aan een olifantenpaadje

Sinds 1 januari 2010 kent het uniforme bestuursprocesrecht van de Awb, als resultaat van een initiatiefwetsvoorstel, een formele bestuurlijke lus. Sinds jaar en dag was de Koninklijke weg het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien. Nu biedt de bestuurlijke lus een kortere route naar hetzelfde resultaat.²¹³ Het instrument verschaft de bestuursrechter de mogelijkheid om een bestuursorgaan *gedurende* de gerechtelijke procedure de gelegenheid te bieden of de verplichting op te leggen een onrechtmatig besluit aan te passen of nader te onderbouwen. Gesproken wordt wel van 'herstellen'. Van belang is overigens dat hetgeen met de in de Awb geregelde bestuurlijke lus kan worden bewerkstelligd, in veel gevallen evengoed op meer informele wijze kan worden gerealiseerd. Dergelijke informele bestuurlijke lussen werden en worden in de praktijk toegepast.²¹⁴ Over de wenselijkheid van een bestuurlijke lus in de bestuursrechtelijke procedure is veel geschreven voorafgaand aan de invoering ervan,²¹⁵ maar heeft zeker ook daarna de pennen in beweging gebracht. Belangrijkste karakteristiek is dat met respect voor de deskundigheid, mogelijkheden tot het (laten) doen van onderzoek naar de feiten en beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan, de mogelijkheden van finale geschillenbeslechting geoptimaliseerd worden, zonder het beslissingprimaat van het bestuur met voeten te treden. Er is echter expliciet bepaald dat de bestuurlijke lus geen toepassing kan vinden indien belanghebbenden die niet als partij aan het geding deelnemen daardoor onevenredig kunnen

²¹³ Een kortere route die door redelijk, menselijk gebruik ontstaat naast de aangelegde, geplande wegen, wordt ook wel een olifantenpaadje genoemd, zie het fotoboek van Jan-Dirk van der Burg, *Olifantenpaadjes*, Zwolle: jonge Hond 2011.

²¹⁴ B.J. Schueler, J.K. Drewes e.a., *Definitieve geschillenbeslechting door de bestuursrechter*, Den Haag: BJu 2007, p. 129 (par. 6.9.1).

²¹⁵ Zie B.C. Punt, *Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1975, p. 203; B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994; A.R. Neerhof, 'Bestuurlijke lus: passend antwoord op een weffout of lapmiddel?', in: M.A. Heldeweg, E.C.H.J. van der Linden & R.J.N. Schlössels (red.), *Uit de school geklapt?*, Den Haag: Sdu 1999, p. 143 e.v.; J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, p. 43 e.v.; J.A. van Kemenade, *Bestuur in geding* (rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de juridisering in het openbaar bestuur), Haarlem: Provinciehuis Noord-Holland 1997; zie ook het overzicht in B.J. van Ettehoven, 'Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)', in: B.J. van Ettehoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: BJu 2001, p. 58 e.v.

worden benadeeld. Voor gevallen waarin – onbekende, of bekende maar afwezige – derden finale geschillenbeslechting door of onder regie van de bestuursrechter bemoeilijken, biedt de lus dus niet direct een oplossing.²¹⁶

In 1975 wees Punt reeds op de mogelijkheid dat de bestuursrechter door middel van een interlocutoire deeluitspraak het bestreden besluit zou kunnen vernietigen, waarna het bestuursorgaan de verplichting zou kunnen worden opgelegd een nieuw besluit te nemen waartegen het beroep zich dan verder kan richten. Ook Schueler stelde zich in 1994 bij de bestuurlijke lus een vernietiging van het besluit in een deeluitspraak voor, terwijl het geschil aangehouden zou moeten worden bij de rechterlijke instantie. Toepassing van een bestuurlijke lus zou de rechter vaker en eenvoudiger in staat kunnen stellen om het geschil finaal te beslechten. Schueler spreekt van een *prospectief* proces omdat meer naar de toekomstig te gelden rechtsverhouding wordt gekeken dan in het huidige *retrospectieve*, op het besluit gerichte proces waarbij alleen aandacht bestaat voor het in stand laten of vernietigen van een bestreden besluit. De denkbeelden over een bestuurlijke lus zijn dus zeker niet nieuw. Zo heeft ook de werkgroep Van Kemenade voorstellen gedaan voor een bestuurlijk lus. De werkgroep dacht daarbij niet aan het vernietigen van het bestreden besluit, maar aan een tussenuitspraak²¹⁷ waardoor het bestuursorgaan de gelegenheid zou krijgen de door de rechter geconstateerde gebreken te herstellen door middel van een herzien, nieuw besluit. Die gedachte heeft weliswaar de charme van de eenvoud, maar het klassieke bestuursprocesrecht zal waarschijnlijk toch dwingen tot vernietiging van het oorspronkelijke besluit indien dat onrechtmatig is en daarbij belang bestaat.²¹⁸ Overigens zijn ook geluiden gehoord dat het niet wenselijk is dat een nieuw besluit in de procedure te brengen, maar dat het bestuursorgaan slechts een nadere standpuntbepaling in de vorm van een voorgedragen beslissing danwel een conclusie naar voren zou (moeten) kunnen brengen. In het in 2001 door Van Ettehoven geschreven preadvies voor de VAR, Vereniging voor bestuursrecht, blijkt hij geen voorstander van een dergelijke tussentijdse vernietiging. Ook wil hij het bestuur niet in een tussenuitspraak de verplichting opleggen een nieuw

²¹⁶ Zie ook A.M.M. Ferwerda & C.J. Visser, 'De bestuurlijke lus en ruimtelijk bestuursrecht; (niet) alles is "oplosbaar"', *VGR* 2010/3, p. 85 e.v.

²¹⁷ De term *deeluitspraak* wijst op een eindbeslissing van de rechter op (een deel van) de vordering, terwijl de term *tussenbeslissing* of *tussenuitspraak* een meer procedurele invulling heeft.

²¹⁸ Vgl. B.J. van Ettehoven, 'Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)', in: B.J. van Ettehoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter* (VAR-reeks 126), Den Haag: BJU 2001, p. 62.

besluit te nemen dan wel een stuk in de procedure te brengen. Het bestuur zou de keuze moeten hebben. Na een afwachtende houding van de regering is per 1 januari 2010 de Awb door een initiatief wetsvoorstel aangevuld met een nieuw, instrument voor de bestuursrechter. Dat instrument is door vele auteurs als een positieve ontwikkeling geduid, maar heeft als nadeel dat niet alleen de verhouding tussen bestuursrechter en bestuursorgaan op scherp wordt gesteld, maar ook de gelijkheid van partijen in het gedrang komt.²¹⁹ Met andere woorden: in hoeverre dient de bestuursrechter het bestuur te helpen bij het vervaardigen van een (uiteindelijk) rechtmatig besluit door middel van de bestuurlijke lus?

Op welke wijze is de bestuurlijke lus in de Awb geregeld? De bestuursrechter heeft in artikel 8:51a Awb de bevoegdheid gekregen om bij (niet-appellabele en voor de einduitspraak bindende) tussenuitspraak (art. 8:80a Awb) het bestuur de gelegenheid te bieden – en bij de Afdeling, de Centrale Raad en het College van Beroep: de verplichting op te leggen – de aan het besluit klevende en geconstateerde gebreken te herstellen of te laten herstellen (afd. 8.2.7 Awb). Hoewel uit de parlementaire behandeling blijkt dat de bestuurlijke lus niet kan worden ingezet om gebreken aan het besluit tot opleggen van een bestuurlijke boete te herstellen en tevens duidelijk is dat onherstelbare gebreken, zoals het niet betrekken van de belangen van derde-belanghebbenden, niet hersteld kunnen worden,²²⁰ zijn de mogelijkheden van de bestuurlijke lus moeilijk te overschatten.²²¹ Wordt het instrument door de bestuursrechter ingezet, dan dient hij in een tussenuitspraak niet alleen de gebreken van het besluit te benoemen, maar ook zo veel als mogelijk te vermelden op welke wijze deze hersteld kunnen worden en het bestuursorgaan een termijn te geven waarbinnen dat herstel zou kunnen plaatsvinden. Het is vanuit een oogpunt van efficiëntie aangewezen dat in beginsel alle geconstateerde gebreken worden aangewezen. De wet biedt daarvoor echter geen garantie. Ondanks dat wordt vastgesteld dat het besluit de toets aan het recht niet kan doorstaan, wordt dat in de tussenuitspraak (nog) niet vernietigd. Het bestuursorgaan kan er naar aanleiding van de tussenuitspraak voor kiezen de

²¹⁹ Zie de noot van Koenraad onder ABRvS 14 januari 2009, *Gst.* 2009, 35. Over het perspectief van de burger ('de rechter helpt het bestuur') A.C. Rop, 'Definitieve geschillenbeslechting: over schijnbelemmeringen en de grenzen van de rechterlijke verantwoordelijkheid', in: A.C. Rop, E.D.C. Looije & R.W.J. van der Struijk, *Definitieve geschillenbeslechting* (Jonge VAR-6), Den Haag: BJu 2008, p. 30 e.v.

²²⁰ Zie ook J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011, 2, p. 3.

²²¹ Zo lijkt niets zich te verzetten tegen toepassing in een voorlopigeforvoorzieningsprocedure, vgl. J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011, 2, p. 4.

gebreken te herstellen door nadere stukken in te dienen en/of door een nieuw besluit te nemen.²²² Uit een oogpunt van rechtszekerheid voor belanghebbenden verdient het nemen van een nieuw of gewijzigd besluit vaak de voorkeur. Er zij hier expliciet op gewezen dat het bestuursorgaan bij het nemen van dat nieuwe besluit – indien relevant – rekening moet houden met feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan sinds het bestreden besluit werd genomen. In de situatie waarin een nieuw besluit wordt genomen zal de einduitspraak van de bestuursrechter daarom meer recht doen aan de meest recente stand van zaken en minder retrospectief zijn. Anders dan in hoger beroep, kan het bestuur in eerste aanleg de bestuursrechter ook zo spoedig mogelijk laten weten het besluit niet te willen herstellen. In dat laatste geval zal de bestuursrechter steeds tot vernietiging van het bestreden besluit komen.

Na invoering van de bestuurlijke lus was een van de vragen of de bestuursrechter na het doen van een tussenuitspraak – waarin de gebreken aan het besluit worden opgesomd – zou kunnen beslissen het bestreden besluit niet te vernietigen. Artikel 6:22 Awb, waarin de bevoegdheid is neergelegd om vormgebreken te passeren, zou daartoe aanleiding kunnen geven.²²³ In dat geval zou al snel de indruk kunnen ontstaan dat sprake is van bestuurtje helpen, omdat het oorspronkelijke besluit – gelet op de tussenuitspraak – eerst onrechtmatig wordt bevonden en vervolgens toch in stand wordt gelaten. Een en ander met vergoeding van griffierecht en proceskosten als doekje voor het bloeden. Op dit moment is – naar ons oordeel terecht – uitgekristalliseerd dat in beginsel tot vernietiging van het oorspronkelijk bestreden moet worden gekomen na toepassing van een bestuurlijk lus. Enige uitzondering in dat verband is het geval waarin het bestuursorgaan na de tussenuitspraak met een nieuw (wijzigings- of intrekings)besluit komt. Indien de eiser niet langer een (proces)belang heeft bij het vernietigen van het oorspronkelijk genomen besluit (art. 6:19 Awb), moet het beroep tegen dat besluit niet-ontvankelijk worden verklaard. Uit deze jurisprudentie blijkt wel dat met de tussenuitspraak de onrechtmatigheid van het besluit gegeven is. In dat verband spelen twee vragen.

3.2.2.2 Herstel van de rechtsbetrekking, niet van het besluit

De eerste vraag heeft betrekking op de term 'herstellen of laten herstellen' in artikel 8:51a Awb. De terminologie wekt in het licht van de huidige jurisprudentie

²²² Aan de mogelijke afwezigheid van een wettelijke grondslag voor het nemen van een nieuw (wijzigings- of intrekings)besluit, wordt opmerkelijk genoeg weinig aandacht besteed. Zie over dat probleem A.T. Marseille, 'Bestuurs(proces)recht', *AAK* (109) 2008, p. 6144-6145.

²²³ Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 352, nr. 6, p. 10.

ten onrechte de indruk dat daadwerkelijk een besluit (met terugwerkende kracht) zou kunnen worden hersteld. Dat zou betekenen dat een oorspronkelijk onrechtmatige besluit uiteindelijk rechtmatig zou worden bevonden vanwege het enkele feit dat het bestuursorgaan gedurende de procedure de gelegenheid te baat heeft genomen om de (materiële) rechtmatigheid van het besluit alsnog aan te tonen of te bewerkstelligen. Tegen die praktijk zou naar ons oordeel terecht geageerd kunnen worden.²²⁴ De wet sluit echter niet uit dat de rechtspraak zich ontwikkelt in de richting van het ongegrond verklaren van het beroep tegen een in een tussenuitspraak onrechtmatig geoordeeld besluit. Hoewel zich tegen die ontwikkeling in de praktijk wellicht weinig verzet, behalve in gevallen waarin het oorspronkelijk onrechtmatige besluit schade heeft veroorzaakt, past die insteek niet goed in het huidige bestuursprocesrecht en zouden wij die ook niet bevorderlijk achten voor het vertrouwen in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bestuursrechtspraak. De indruk dat de bestuursrechter het bestuur nog even snel heeft geholpen om de gebreken in het besluit weg te nemen, moet worden voorkomen.

Indien het samenspel tussen bestuursrechter en bestuursorgaan om tot finale geschillenbeslechting te komen in korte tijd plaatsvindt, is des te relevanter om de verschillende taken strikt te scheiden. In beginsel zijn die taken binnen het huidige stelsel dat de bestuursrechter toetst en het bestuur de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger bindend vaststelt in een besluit. De bestuurlijke lus is bij uitstek een instrument waarmee dat uitgangspunt in stand kan blijven. Finale geschillenbeslechting dient de efficiëntie en de effectiviteit, maar is geen geldige reden om de grondwettelijke scheiding tussen de beide machten te zeer te vermengen. Kortom, de huidige jurisprudentie die inhoudt dat na de tussenuitspraak vernietiging van het bestreden besluit uitgangspunt is, verdient op basis van het huidige besluitmodel steun en wellicht zelfs een basis in de wet. Hoewel het een initiatiefwet betreft, maakt de insteek ervan wel duidelijk dat in het bestuursprocesrecht niet langer het besluit als momentopname centraal staat, maar dat het doel moet zijn dat de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger voor zover daarover een geschil bestaat op een rechtmatige wijze moet worden vormgegeven. En dat daarvoor samenspel tussen bestuur en rechter noodzakelijk kan zijn. Indien de vaststelling van de rechtsbetrekking in de vorm van een besluit gebreken vertoont, dient de gevolgen van die gebreken 'hersteld' te worden. Aan dat beeld draagt bij

²²⁴ Vgl. bijvoorbeeld het weer ingetrokken par. 87 lid 7 van de Verwaltungsgerichtsordnung, waarover P.A. Willemsen, *Een meer definitieve geschillenbeslechting in het bestuursrecht in rechtsvergelijkend perspectief* (NVvR, nr. 68), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 46 stelt: 'Rekening houdend met de grondwettelijk gegarandeerde neutraliteit van de gerechten stuitte zij op grondwettelijke bezwaren.'

dat het oorspronkelijk bestreden besluit in de tussenuitspraak niet direct wordt vernietigd. Materieel komt het daar echter wel op neer. De term herstellen ziet dan ook niet zozeer op het herstellen van het besluit als momentopname van een rechtsbetrekking, maar meer op de rechtsverhouding tussen bestuur en burger zoals die in geschil is.

De laatste conclusie brengt ons bij een tweede punt dat wij voor het voetlicht willen brengen. Dat het bestreden besluit bij toepassing van de bestuurlijke lus in een tussenuitspraak niet wordt vernietigd, heeft als voordeel dat het geschil zonder nadere bepalingen daaromtrent aanhangig en derhalve onder de regie van de bestuursrechter blijft. Een nadeel dat wij signaleren is dat het bestuursorgaan in voorkomend geval strikt genomen niet bevoegd is om een wijzigings- en/of intrekkingbesluit te nemen. Een voorbeeld biedt de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk, die is verleend zonder advies van de welstand-commissie. Dat is in een bestuursprocesrecht zonder bestuurlijke lus voldoende aanleiding voor vernietiging van het besluit, waarna het bestuursorgaan een welstandsadvies kan inwinnen waarop een nieuwe beslissing kan worden gebaseerd. Indien echter de bestuurlijke lus wordt toegepast, wordt het bestuur in de gelegenheid gesteld alsnog het welstandsadvies in te winnen gedurende de procedure bij de bestuursrechter. Blijkt dat advies negatief, dan zou het bestuursorgaan zich genoodzaakt moeten zien om de verleende vergunning in te trekken. Daartoe is het bestuursorgaan echter formeel gezien niet bevoegd, bij gebreke van een wettelijke grondslag. Strikt genomen kan het bestuursorgaan dan niet herstellen door een nieuw besluit te nemen. Omdat de bindende tussenuitspraak materieel betekent dat het bestreden besluit onrechtmatig is en in beginsel zal worden vernietigd, kan dit probleem weliswaar gerelativeerd worden, maar lijkt het wel fundamenteel. De vraag komt op waarom er eigenlijk voor gekozen is om in de tussenuitspraak niet tot een vernietiging te komen. Was het zoveel moeilijker geweest om in dat geval de gewenste regiefunctie van de bestuursrechter neer te leggen in de Awb? Het lijkt ons dat met de term 'herstellen' en het (vooralsnog) in stand laten van het besluit in de tussenuitspraak, de verkeerde indruk gewekt zou kunnen worden. Aan de andere kant kan de burger – zoals zo vaak in het bestuursrecht – ten onrechte menen gewonnen te hebben met de vernietiging van het bestreden besluit om er vervolgens achter te komen dat hij materieel alsnog aan het kortste eind zal trekken.

Ingevolge de wettelijke regeling inzake de bestuurlijke lus wordt de bestuursrechter, indien hij kiest voor het toepassen van dat instrument, verantwoordelijk voor de regie over het 'herstellen' van de juridische onjuistheden in de rechts-

betrekking tussen bestuur en burger, voor zover die is neergelegd in het bestreden besluit. Op dat punt is het een tamelijk rigide stelsel, waarin de rechter de termijnen die hij stelt in de gaten moet houden. Hoewel zeker voorafgaand aan de invoering van de formele bestuurlijke lus op informele wijze een soort van bestuurlijke lus kon worden gerealiseerd en die 'lus' ondanks kritiek nog altijd tot de mogelijkheden van de bestuursrechter gerekend moet worden,²²⁵ vereist de rechterlijke insteek die voor het toepassen van de formele en informele bestuurlijke lus noodzakelijk is, niet alleen een verandering in de werkprocessen en de cultuur van de rechterlijke organisatie, maar ook in de taakopvatting van de bestuursrechter. 'Rechter, wordt actief en vooral creatief, maak de rechtspraak effectief', zo vatten Jue en Van Wees de nieuwe insteek samen, om vervolgens vast te stellen dat daarvoor een omschakeling noodzakelijk is. 'Een attitude van finaal beslechten, van actief informeren en onderzoeken zit niet in onze genen, noch in die van de secretaris, noch in die van de rechter'.²²⁶

3.2.2.3 De efficiëntie van de bestuurlijke lus

In de kern houdt de bestuurlijke lus in dat hetzij een nieuw, rechtmatig besluit door het bestuur wordt genomen waartegen van rechtswege beroep is ingesteld dat ongegrond kan worden verklaard, hetzij dat de mogelijkheden van efficiënte finale geschillenbeslechting worden geoptimaliseerd. Ook hier geldt evenwel dat noodzakelijk is dat op basis van ervaringen en empirische gegevens duidelijk wordt wanneer toepassing van de bestuurlijke lus daadwerkelijk bijdraagt aan efficiënte en effectieve finale geschillenbeslechting en wanneer volstaan zou moeten worden met het toepassen van andere instrumenten om dat doel binnen een redelijke termijn te realiseren. Niet onwaarschijnlijk is dat in voorkomend geval, bijvoorbeeld als de uniforme openbare voorbereidingsprocedure moet worden doorlopen, een (aangeklede) vernietiging efficiënter is. Gelet op de door de wetgever met de bestuurlijke lus beoogde doelstelling, is ook de vraag

²²⁵ Zie voor mogelijke kritiek op de informele lus L.M. Koenraad, 'De toekomst van de bestuurlijke lus', *AA* 2010, p. 235-244 en L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'Finaliseren doe je zo! De rol van de bestuursrechter bij het vaststellen van feiten na de constatering dat het bestreden besluit een gebrek kent', *NTB* 2011, 12, p. 76 (par. 3.4). J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011, 2, p. 5 (par. 2.5) stelt evenwel dat de informele lus geenszins is afgeschaft en verwijst naar B.J. van Ettehoven & A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', *JBplus* 2010, p. 183-200.

²²⁶ R. Jue & M. van Wees, Op zoek naar een concept van effectieve bestuursrechtspraak, *Trema Special* 2010, p. 454; zie ook A.T. Marseille, Effecten van informalisering van bestuursrechtspraak, *NTB* 2010/8, p. 212-229.

aan de orde of overwegingen van efficiëntie de doorslag moet geven of dat de bestuursrechter simpelweg wordt geacht de regie te voeren over de finale geschillenbeslechting. Het lijkt er op dat de bestuursrechtspraak zich op moet maken om in elk geschil de regie te voeren totdat dat finaal is beslecht. Ons gaat een dergelijke stelling te ver, zij het dat in daarvoor geschikte geschillen er veel voor te zeggen is.

Tot op heden is echter onvoldoende uitgekristalliseerd welke zaken geschikt zijn voor het toedelen van die verantwoordelijkheid aan de bestuursrechter. Zodra de ervaringen met de bestuurlijke lus dat zouden toestaan, moet nagedacht worden over de mogelijkheden om de discretionaire bevoegdheid van de bestuursrechter om die lus toe te passen, nader te verengen. In dat verband kan worden overwogen aan een verplichte bestuurlijke lus met een verplichting voor het bestuur om het geconstateerde gebrek te 'herstellen' in bijzondere wetgeving neer te leggen, maar kan ook gewerkt worden met een meer algemene verplichting in de Awb om de bestuurlijke lus toe te passen tenzij de belangen van partijen zich daartegen verzetten. Een algemene verplichting kan alleen aan de orde zijn in geschillen over besluiten waarin geen belangen van derden spelen. In geschillen waarin de derde een belangrijke rol speelt, kent de wet zelf aan de bestuurlijke lus al een beperktere rol toe, met name als door toepassing van de lus de belangen van de derde onevenredig geschaad zouden kunnen worden. Dat heeft de bestuursrechtters er overigens niet van weerhouden om in geschillen waarin de belangen van derden spelen de bestuurlijke lus te gebruiken. Op dat punt lijkt ons van belang dat het nemen van een nieuw besluit gepaard moet gaan met de bekendmaking van dat besluit en de mogelijkheid van derden om daar (alsnog) tegen op te komen. Ten aanzien van de in het besluit aangebrachte wijzigingen, staat niets er aan in de weg dat de derde naar aanleiding van een beroep tegen het nieuwe besluit als eiser aan de lopende procedure wordt toegevoegd. Ondanks dergelijke overwegingen, blijven er altijd situaties waarin de belangen van derden zich verzetten tegen het toepassen van de bestuurlijke lus.

3.2.2.4 Geschillenbeslechting meer 'naar nu'

De nadruk op finale geschillenbeslechting en de cesuur die de bestuurlijke lus en de tussenuitspraak in voorkomend geval aanbrengen in de bestuursrechtelijke procedure, biedt naar ons oordeel een mogelijkheid om een ander probleem aan te kaarten. Het betreft de negatieve gevolgen van de ex tunc toetsing van het besluit.

Voor het beperkte aantal geschillen waarin dat van belang is,²²⁷ namelijk in de gevallen waarin sprake is van een (weigeren van een) beschikking die geldt voor een periode die nog niet ten einde is ten tijde van de gerechtelijke procedure, heeft de hoofdregel van de toetsing ex tunc negatieve consequenties. Het oordeel van de rechter is, in de woorden van Schueler,²²⁸ retrospectief. Feiten en omstandigheden die ten tijde van de genomen beslissing niet bestonden maar pas daarna zijn opgekomen, waaronder ook gewijzigde wetgeving of gewijzigd beleid zonder terugwerkende kracht, spelen formeel geen rol in de procedure. Dat terwijl deze wel relevant kunnen zijn voor de (toekomstige) rechtsbetrekking. Partijen willen duidelijkheid over de rechtspositie zoals deze op het moment van de uitspraak moet gelden.

Natuurlijk bestaan er situaties waarin de bestuursrechter rekening houdt met nieuwe feiten en omstandigheden. Heeft een bestuursorgaan gedurende de procedure een intrekking- en/of wijzingsbesluit genomen waarbij rekening is gehouden met nieuwe feiten en omstandigheden en zal dat besluit op grond van de in de artikelen 6:18 en 6:19 Awb neergelegde regeling deel gaan uitmaken van de procedure, dan maken de nieuwe feiten en omstandigheden daar eveneens deel van uit. Ook in de situatie waarin de bestuursrechter een besluit vernietigt, kan hij alleen de rechtsgevolgen in stand laten of zelf in de zaak voorzien als hij relevante nieuwe feiten en omstandigheden in zijn oordeel heeft betrokken. Vergelijkbaar is dat in de toekomstige verzoekschriftprocedure nieuwe feiten en omstandigheden doorslaggevend kunnen zijn voor het oordeel van de bestuursrechter. Een besluit waarvan wel wordt aangenomen dat de bestuursrechter in bijzondere omstandigheden ook ex nunc kan toetsen, is het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

In het verleden is de wenselijkheid van een geschillenbeslechting waarin rekening wordt gehouden met nieuwe feiten en omstandigheden diverse malen uitgesproken. Net als Teunissen en vele anderen is de keuze van de wetgever voor een stelsel met de nadruk op de individuele rechtsbescherming een goede indicatie dat in sommige gevallen een beoordeling ex nunc mogelijk moet zijn. Ook Van Blommestein concludeert dat bestuursrechtspraak zich voor een dergelijke beoordeling kan lenen.²²⁹ Scheltema en Allewijn voorspellen beiden

²²⁷ Zie daarover het overzichtsartikel van N. Verheij, 'Tussen toen en nu. Het relevant tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', *JBplus* 2003, p. 26 e.v.

²²⁸ B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 9.

²²⁹ J.M.H.F. Teunissen, 'Toetsing ex tunc of ex nunc?', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 114-115; W. van Blommestein, 'Toetsing ex nunc; in het vreemdelingenrecht én in het bestuursrecht?', *NTB* 2000, p. 137.

een toekomst waarin de bestuursrechter rekening houdt met nieuwe feiten en omstandigheden en waarin die beoordeling wellicht zelfs uitgangspunt kan zijn.²³⁰ Grond voor de hoofdregel dat ex tunc getoetst wordt in de bestuursrechtspraak is de scheiding der machten en het mede daarop gebaseerde besluitmodel. De bestuursrechter zal de uitoefening van een bevoegdheid door het bestuur moeten eerbiedigen door de rechtmatigheid enkel te toetsen op grond van de op het moment van de beslissing bestaande feiten en omstandigheden. Nieuwe feiten en omstandigheden kunnen het oordeel van de rechter derhalve op principiële gronden niet beïnvloeden. Wordt een besluit vernietigd op grond van nieuwe feiten en omstandigheden, waarmee het bestuur ten tijde van de aangevochten beslissing geen rekening kon houden, dan doet dat geen recht aan de machten-scheiding en moet tevens de rechtsregel dat vernietiging van een besluit een toerekenbare onrechtmatige daad is vanaf het moment waarop het genomen is, genuanceerd worden.²³¹

Al geruime tijd bepaalt de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) in artikel 83 dat de rechtbank in eerste aanleg verplicht is asielvergunningen ex nunc te beoordelen. In hoger beroep geldt dat uitgangspunt niet. Het meenemen van nieuwe feiten en omstandigheden in het bestuursrechtelijk oordeel is echter alleen toegestaan indien het relevant is voor het aangevochten besluit (art. 83 lid 2 Vw 2000) en als het bestuursorgaan dat het bestreden besluit nam, de gelegenheid heeft gekregen te reageren op de nieuwe feiten en omstandigheden (art. 83 lid 5 Vw 2000). Het is geen vreemde gedachte dat deze wijze van geschillenbeslechting waarbij rekening kan worden gehouden met relevante nieuwe feiten en omstandigheden, haar weg zal vinden naar het uniforme bestuursprocesrecht.²³² Het argument voor de introductie op een beperkt bijzonder deel van het bestuursrecht, was destijds het ontwikkelen van efficiënte en tijdige rechtsbescherming waarbij het verminderen van de belasting van de rechterlijke macht voor de asielprocedure tevens een belangrijke rol speelde.²³³

²³⁰ M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996, p. 1355-1361; D. Allewijn, 'Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter', *RM Themis* 1998, p. 297.

²³¹ T. ter Brugge, J. Veltman e.a., *Kroongeschillen en het nieuwe bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 58.

²³² F. Koers, 'Een kijkje in de keuken van de vreemdelingenkamers', *Adv.bl.* 1999, p. 995; W. van Blommestein, 'Toetsing ex nunc; in het vreemdelingenrecht én in het bestuursrecht?', *NTB* 2000, p. 130.

²³³ Zie T. Groenewegen, 'Vreemdelingenwet 2000. De toetsing ex nunc', *NAV* 2000, p. 245; *Kamerstukken II* 1998/99 26 732, nr. 3, p. 78.

Deze argumenten gelden tegenwoordig ook in het algemene bestuursprocesrecht.²³⁴

Wij realiseren ons dat belangrijke complicaties van de in Vreemdelingenwet opgenomen minder retrospectieve geschillenbeslechting hier onderbelicht blijven,²³⁵ maar onze boodschap is relatief eenvoudig. Wordt effectieve finale geschilbeslechting daadwerkelijk nagestreefd, dan past in dat beeld dat de bestuursrechter bevoegd zou moeten zijn het bestuursorgaan te vragen – vanwege de scheiding der machten en het beslissingsprimaat van het bestuursorgaan – om te reageren op nieuwe feiten en omstandigheden die relevant zijn voor de voortdurende rechtmatigheid van het bestreden besluit.²³⁶ Omdat een dergelijke bevoegdheid de bestuursrechter vrij zou kunnen laten om al dan niet rekening te houden met nieuwe feiten en omstandigheden, kan die bevoegdheid (voorlopig) ook gereserveerd worden voor gevallen waarin een dergelijke benadering eenvoudig door de bestuursrechter is toe te passen. Reageert het bestuursorgaan niet of niet adequaat, dan dient de bestuursrechter het bestreden besluit te vernietigen, waarbij nog wel vraag is tot aan welk moment die vernietiging terugwerkende kracht moet hebben.

Kort en goed menen wij dat de tussenuitspraak in de toekomst ook op dit punt dienst zou kunnen doen als mechanisme voor een effectieve finale geschillenbeslechting, met name omdat de wetgever zou kunnen regelen dat relevante nieuwe feiten en omstandigheden daarbij een rol kunnen spelen. Sinds kort is ter zake van het in deze paragraaf besproken probleem een belangrijke relativering te maken. Met de invoering van artikel 1.10 Chw, waarin de *bevoegdheid* van het bestuur is neergelegd om na de vernietiging een nieuw besluit te baseren op oude feiten, blijkt dat ook in het aloude bestuursrechtelijke model, dat wordt gekenmerkt door het *ex tunc* vernietigen door de rechter en het *ex nunc* opnieuw voorzien door het bestuur, verschuivingen optreden.

²³⁴ Wij wijzen graag ook op het naar ons oordeel mooie initiatiefwetsvoorstel dat is opgenomen in *Kamerstukken II* 2006/07, 30 830, nrs. 1-3.

²³⁵ Zie daarover K.F. Bolt, 'Dat verandert de zaak! Eerste ervaringen met de ex nunc-toetsing in het bestuursrecht', *JBplus* 2002, p. 158-169; K.F. Bolt, *Het rechterlijke toetsingsmoment in het bestuursprocesrecht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2005; K.F. Bolt, 'Voor de verandering een rechterlijke ex nunc-toets', *JBplus* 2007, p. 2-13.

²³⁶ Gedacht kan ook worden aan een regeling die een eventuele nieuwe aanvraag van een burger die reeds verwickeld is in een geschil bij de bestuursrechter aangaande dezelfde rechtsbetrekking, doet aanhaken bij de aanhangige procedure.

3.3 Gewenst eindresultaat in zicht?

3.3.1 *Finale geschillenbeslechting als uitgangspunt*

De kale vernietiging van het bestreden (deel) van het besluit is op dit moment een van de minst gewaardeerde afdoeningsmodaliteiten in de bestuursrechtspraak. Ook de toetsing van het besluit volstaat niet langer als doel van moderne bestuursrechtspraak. Verwacht kan worden dat de focus op de vaststelling van de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger op die aspecten van de rechtsverhouding waarover de bestuursrechter bevoegd is te oordelen en waarover partijen van mening verschillen, alleen maar zal toenemen. Dat uitgangspunt laat overigens het besluit als aangrijpingspunt voor de rechtsbescherming in veel gevallen in stand. Het wordt echter naar de achtergrond verdrongen als het gaat om de centrale plaats in de bestuursrechtelijke procedure en als het gaat om de uitspraakbevoegdheden. De bestuursrechter wordt geacht creatief en effectief partijen te bewegen de bestuursrechtelijke procedure te laten culmineren in de situatie waarin voor een ieder duidelijk is welke rechten en verplichtingen gelden tussen burger en bestuur, ten minste voor zover die verhouding bepaald werd door het bestreden besluit. Dat betekent een zekere scheefgroei in het bestuursprocesrecht. Het toegangskaartje tot de bestuursrechtspraak is het besluit en de schijnbaar voornaamste uitspraakbevoegdheid betreft de vernietiging daarvan, terwijl de recente ontwikkelingen de bestuursrechter er toe nopen de onder zijn regie gevoerde procedure te richten op de mogelijkheden om in samenspel met partijen – na de overigens in een relatief klein percentage uitgesproken vernietiging – tot finale geschillenbeslechting te komen. Die finale geschillenbeslechting moet in het huidige stelsel van bestuursrechtspraak gericht zijn op het voorgelegde geschil. De recente ontwikkelingen maken volstrekt helder dat bestuursrechtspraak verder dient te gaan dan het toetsen van besluiten.

De constatering dat de toegang tot het stelsel van bestuursrechtspraak weliswaar openstaat als een appellabel besluit is genomen, maar dat procedure en uitspraak niet langer louter gericht kunnen zijn op het (toetsen van het) bestreden besluit en steeds nadrukkelijker een centrale plaats toekennen aan de (bestuursrechtelijke) rechtsbetrekking voor zover de bestuursrechter daarover rechtsmacht heeft en partijen daarover verdeeld zijn, wordt nog eens benadrukt door het in de jurisprudentie ontwikkelde 'stappenplan' voor finale geschillenbeslechting. Dat stappenplan eindigt met de kale vernietiging en start met het bezien van alle beschikbare instrumenten om finale geschillenbeslechting te bevorderen. Duidelijk is dat elke denkbare einduitspraak van de bestuursrechter in de meeste gevallen meer zal worden gewaardeerd dan een kale vernietiging. Voorafgaand aan het

gebruik van de bestuurlijke lus onderzoekt de rechter of vormverzuimen op grond van artikel 6:22 Awb kunnen worden gepasseerd, of de rechtsgevolgen van het te vernietigen besluit in stand kunnen worden gelaten en of hij zelf in de zaak kan voorzien. Bovendien is uitgesproken dat de bestuursrechter verantwoordelijk is om de procedure zodanig in te richten dat laatstgenoemde mogelijkheid geoptimaliseerd wordt. Op dat punt kan gesteld worden dat de uitspraakbevoegdheden zoals die in het voorgaande in een min of meer klassieke volgorde zijn behandeld, in de huidige bestuursrechtspraak strikt genomen in omgekeerde volgorde zouden moeten worden gepresenteerd.

3.3.2 Optimaliseren van finale geschillenbeslechting

In veel geschillen zal een aangeklede vernietiging dienst kunnen doen als een beter alternatief voor een kale vernietiging. Vanzelfsprekend zijn dan vooral heldere oordelen ten aanzien van zo veel mogelijk aspecten van het geschil vereist. Daarbij lijkt het ons min of meer een kwestie van onvoltooid bestuursprocesrecht dat niet steeds op straffe van een dwangsom een volstrekt duidelijke termijn wordt gesteld waarbinnen het bestuur een nieuw besluit moet hebben genomen. Voor een aangeklede vernietiging is wel vereist dat de bestuursrechter zo veel als mogelijk de punten waarop partijen van mening verschillen van een uitdrukkelijk oordeel voorziet. Het zou wat ons betreft een groot voordeel zijn als de hoogste bestuursrechters op dat punt ten aanzien van de aangeklede vernietiging richtinggevende uitspraken zouden doen. Wij denken dat ten minste moet worden nagedacht over een verplichting om te motiveren waarom andere aspecten van het geschil dan die hebben geleid tot vernietiging van het besluit, niet worden beoordeeld. Daar kunnen goede redenen voor zijn, maar daartoe geldt op dit moment geen (jurisprudentiële) verplichting. Ook kan gedacht worden aan de procesregelingen van de bestuursrechters als aanjager van het optimaliseren van finale geschillenbeslechting. Dat geldt overigens niet alleen de aangeklede vernietiging, maar ook andere instrumenten om finale geschillenbeslechting dichterbij te brengen. De keuze tussen een bestuurlijke lus, een aangeklede vernietiging, de gedektverklaring of het zelf in de zaak voorzien, is voor de bestuursrechter niet in alle gevallen even eenvoudig. Uitgangspunt zou moeten zijn, ook gelet op de ratio van de instrumenten, dat *efficiënte* finale geschillenbeslechting binnen een redelijke termijn bewerkstelligd wordt. Dat vergt inzicht in het gebruik van de instrumenten. Dat noodzakelijke inzicht kan alleen worden verkregen door veelvuldig en creatief gebruik en het trekken van lessen daaruit. Daarnaast is meer inzicht vereist in de wijze waarop geschillen worden afgedaan na de (aangeklede) vernietiging door de bestuursrechter. In dat opzicht lijkt de bestuursrechtspraak slechts aan het begin van een belangrijke ontwikkeling te staan.

Ten aanzien van de gedektverklaring en het zelf in de zaak voorzien heeft zich een ware revolutie voltrokken. De stelling dat die bevoegdheden niet alleen kunnen worden toegepast als rechtens nog slechts één besluit kan worden genomen, is naar ons oordeel voor enige nuancering vatbaar, maar moet als een belangrijke richtlijn voor de bestuursrechtspraak worden beschouwd om (meer) verantwoordelijkheid te nemen voor de finale geschillenbeslechting. Van belang is om steeds helder voor ogen te houden dat de beoordelings- en/of beleidsvrijheid van het bestuur strikt genomen niet door de bestuursrechter kan worden doorgekruist, ook niet in geval van de overschrijding van de redelijke termijn. Grond voor het toepassen van de bevoegdheid moet de overtuiging van de rechter zijn dat geen ander besluit kan worden genomen.

De verantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor de *regie* over de definitieve beslechting van het geschil neemt toe. Het is daarbij wel zaak te bedenken dat die verantwoordelijkheid strikt genomen geen wijziging betekent van de verantwoordelijkheid van het bestuur. Bij uitstek het bestuur blijft verantwoordelijk voor de juiste toepassing van het gehele, voor het specifieke geval relevante, objectieve bestuursrecht en het afwegen van de relevante belangen. De rook van de hier bedoelde revolutie is evenwel nog niet volledig opgetrokken en de consequenties moeten zich nog uitkristalliseren. Dat het niet toepassen van deze instrumenten door de bestuursrechter in voorkomend geval gemotiveerd dient te worden, is niet alleen een goede indicatie dat serieus werk wordt gemaakt van de al eerder ingezette ontwikkeling van toetsing van besluiten naar geschillenbeslechting, maar ook dat de bestuursrechtspraak behoefte heeft aan inzicht in hetgeen de bestuursrechter in die nieuwe verhoudingen vermag.

Op dit moment geldt in geschillen over het opleggen van een bestuurlijke boete al dat de bestuursrechter zelf in de zaak moet voorzien. Het verdient aanbeveling om op termijn te bezien in welke mate hetzij door de wetgever in het algemene bestuursprocesrecht of in bijzondere wetgeving, hetzij door de bestuursrechtspraak in richtinggevende jurisprudentie of in procesregelingen, kan worden gekomen tot een (gedeeltelijke) verplichting tot het zelf in de zaak voorzien. Daarbij kan met name worden gedacht aan tweepartijengeschillen waarin belangen van derden geen rol spelen en het bestuursorgaan niet of nauwelijks beschikt over beoordelings- en/of beleidsvrijheid. De in het voorgaande bedoelde groeiende verantwoordelijkheid van de bestuursrechter vergt niet alleen aanpassing van de cultuur bij de verschillende bestuursrechters, maar zeker ook van de inrichting van de procedure bij de bestuursrechter. Wil de bestuursrechter de mogelijkheden van finale geschillenbeslechting optimaliseren, dan moeten in het procesrecht instrumenten beschikbaar zijn waarmee dat – met inachtneming van de belangen van derden en het beslissingsprimaat van het bestuur en rekening houdend met

eventueel relevante nieuw opgekomen feiten en omstandigheden – mogelijk wordt.

De bestuurlijke lus is een geschikt instrument om de mogelijkheden van finale geschillenbeslechting te optimaliseren. De bestuurlijke lus kan bij uitstek met dat doel worden gebruikt zonder het beslissingsprimaat van het bestuur te doorbreken. De belangen van derden worden voldoende beschermd door het toepassingsbereik van de bestuurlijke lus (art. 8:51a Awb). Wij hebben in verband met de wenselijkheid van duidelijke machtenscheiding enige bedenkingen geuit bij het in stand laten van het bestreden besluit in de tussenuitspraak. Wij hechten er aan om hier nogmaals te benadrukken dat het toepassen van de formele bestuurlijke lus er toe kan leiden dat wordt onderzocht in hoeverre de rechtsgevolgen van het onrechtmatige geoordeelde besluit in stand gelaten kunnen worden of zelf in de zaak kan worden voorzien, maar tevens dat toepassing van de bestuurlijke lus nimmer zou mogen leiden tot ongegrondverklaring van het beroep tegen het oorspronkelijk aangevochten besluit. Een niet-ontvankelijkverklaring is mogelijk, omdat geen procesbelang meer bestaat bij het vernietigen van het oorspronkelijke besluit. Ongegrondverklaring van het beroep tegen het oorspronkelijke besluit na toepassing van de bestuurlijke lus, achten wij echter een stap te ver. Zolang de jurisprudentie niet wijzigt in die zin dat het oorspronkelijk bestreden besluit bij de einduitspraak – bij nader inzien – toch rechtmatig wordt geacht, is onze kritiek eenvoudig te pareren. Hetzelfde geldt voor het gebruik van de term herstellen. De indruk kan ontstaan dat het bestuur een handje wordt geholpen bij het herstellen van geconstateerde gebreken met terugwerkende kracht. Dat is niet de bedoeling. Aan de andere kant kan het gebruik van de term 'herstellen' symbool staan voor de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht richting geschillenbeslechting. De bestuurlijke lus is immers gericht op het herstellen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking voor zover die in geschil is, terwijl de rechtsingang en de uitspraakbevoegdheden nog altijd primair zijn gericht op de momentopname van die betrekking, het besluit.

Wij hebben geconstateerd dat de scheiding der machten er toe leidt dat finale geschillenbeslechting in veel gevallen een kwestie is van samenspel tussen bestuursrechter en partijen en dat het feit dat dat belangrijke spel gedurende de bestuursrechtelijke procedure in een korte tijd plaatsvindt, geen reden mag zijn om de onderscheiden functies van de rechtsprekende macht ('ex tunc oordelen over een besluit zonder te treden in de beoordelings- en beleidsvrijheid van het bestuur') en de uitvoerende macht ('ex nunc besluiten') met voeten te treden. Een van de uitdagingen van de bestuursrechtspraak is om het hier bedoelde samenspel vanuit rechtsstatelijk perspectief zo zuiver mogelijk te regisseren en

daarbij oog te hebben voor de meest geschikte instrumenten om het concrete, specifiek voorliggende geschil zo efficiënt mogelijk af te doen. Ook hier past derhalve de opmerking over het ervaring opdoen en het verwerven van inzicht in de gevolgen van het gebruik van de bestuurlijke lus en andere instrumenten. Tevens dient hier te worden opgemerkt dat externe factoren, zoals de werklast van de bestuursrechter en de financiële prikkels voor de financiering van de bestuursrechtspraak, belangrijke factoren kunnen zijn in de beslissingen over de inzet van de instrumenten. Wat daar ook van zij, de nieuwe verantwoordelijkheid heeft onvermijdelijk gevolgen voor de inrichting van de bestuursrechtelijke procedure.

De gevolgen voor de inrichting van de procedure worden in de praktijk langzaam duidelijk. Hoewel die gevolgen in het voorgaande niet uitdrukkelijk aan de orde zijn gekomen, wijzen wij op de ontwikkeling die goed beschouwd inhoudt dat het onderzoek van de rechter op andere wijze plaatsvindt. Eindigt het onderzoek volgens hoofdstuk 8 Awb in beginsel met het onderzoek ter zitting, tegenwoordig wordt – mede gelet op de ommezwaai richting finale geschillenbeslechting – wenselijk geacht dat al vroeg in de procedure een zitting wordt gepland en vindt alleen in die zaken waarin dat noodzakelijk wordt geacht nader onderzoek plaats. Wij wijzen in dat verband op de ontwikkeling van het civiele procesrecht in het verleden waarin steeds meer nadruk is komen te liggen op de zogenaamde comparitie na antwoord.²³⁷ Vertaald naar het bestuursprocesrecht kan gesproken worden van een comparitie na verweer of een regiezitting. Die terechtzitting kan dienstig zijn aan het onderzoek van de rechter naar de mogelijkheden van finale geschillenbeslechting, maar ook aan kwesties van bewijsrecht, zoals de bewijslastverdeling, en de mogelijkheden van informele geschillenbeslechting.²³⁸ Het lijkt ons aannemelijk dat de ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht aansluiting vinden bij die praktijk,²³⁹ waarbij relevant is om

²³⁷ Zie daarover ook K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2004, p. 92 e.v.

²³⁸ Zie A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2010; A.T. Marseille, 'Comparitie en regie als panacee voor het bestuursrechtelijk beroep?', *Trema* 2010/3, p. 92-101; zie ook A.T. Marseille, 'Effecten van informalisering van bestuursrechtspraak', *NTB* 2010/8, p. 212-229 en T.J.P. van Os van den Abeelen, 'Het paard en de wagen. Enkele gedachten over het bestuursrechtelijk vooronderzoek', *Trema* 2011/6, p. 227-230.

²³⁹ Aan de hand van een tussenrapport in het project 'Bestuursprocesrecht: sneller en beter' van april 2010 (te vinden bij *Kamerstukken II* 2009/10, 29 279, nr. 111) wordt gewerkt aan een wettelijke basis voor de regiezitting in het bestuursprocesrecht.

op te merken dat er gevolgen zullen zijn voor de in artikel 8:57 Awb neergelegde verplichting om in beginsel na de regiezitting/comparitie (nog) een zitting te houden. Het is goed denkbaar dat in de toekomst een verzoek van een partij en een beslissing van de bestuursrechter is vereist voordat een (tweede) zitting wordt gehouden.

3.3.3 Andere en nieuwe uitspraakbevoegdheden?

In hoofdstuk 2 van dit deel II van het onderzoek hebben wij enkele opmerkingen gemaakt over de door ons voorgestane uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter en suggesties gedaan over de daarbij behorende rechtsingang en uitspraakbevoegdheden. Daarnaast past hier de opmerking dat geschillen tussen burgers en bestuursorganen niet louter bestuursrechtelijk van aard zijn en dat derhalve de bestuursrechtspraak niet voor alle geschillen in staat moet worden geacht om het gehele geschil te beslechten met een uitspraak. Datzelfde geldt overigens voor de civiele rechter. Zonder een op het geschil afgestemde rechtsmacht, kan geen enkele uitspraakbevoegdheid recht doen aan dat geschil.

De bestuursrechtelijke uitspraak kan niet verplichten tot het verrichten of nalaten van handelingen die niet bij de bestuursrechter appellabel zijn.²⁴⁰ Dat de Awb in artikel 8:72 Awb de bevoegdheid biedt om te verplichten tot een andere handeling dan het nemen van een besluit, kan enkel worden gelezen in relatie tot de andere handelingen waarover de bestuursrechter rechtsmacht heeft. Dat daarover enige twijfel zou kunnen ontstaan, geeft echter wel aan dat de bestuursrechter behoefte kan hebben aan een dergelijke uitspraakbevoegdheid. Gezien de in hoofdstuk 2 getrokken conclusie over de gecontroleerde uitbreiding van de rechtsmacht, kan nu nog sterker worden gesteld dat het de voorkeur verdient de bestuursrechter – om te beginnen – bevoegd te maken te oordelen over (feitelijke) handelingen en beslissingen die nauw verbonden zijn met (appellabele) besluiten. Daarbij moet worden gedacht aan (niet-appellabele) procesbeslissingen en feitelijke handelingen die gedekt worden door de formele rechtskracht van het appellabele besluit. In bijzondere gevallen kan vanwege zwaarwegende belangen behoefte bestaan aan voorlopige rechtsbescherming in de vorm van een voorlopige voorziening voorafgaand aan het appellabele besluit. Daartoe zou het in artikel 8:81 Awb neergelegde connexiteitsvereiste aangepast moeten worden. In de eventuele bodemzaak tegen dat besluit kunnen de procesbeslissingen en

²⁴⁰ Daarbij past de opmerking dat bij het treffen van een bestuursrechtelijke voorlopige voorziening wellicht meer mogelijk is (art. 8:81 Awb en art. 8:72 lid 5 Awb).

handelingen door de bestuursrechter beoordeeld worden, waarbij bedacht moet worden dat de onrechtmatigheid daarvan zou moeten kunnen worden vastgesteld *onafhankelijk* van het lot van het appellabele besluit.²⁴¹

Voor andere handelingen ter voorbereiding of uitvoering van een appellabel besluit is de civiele rechter op dit moment bevoegd. Voor die handelingen is naar onze smaak een verschuiving naar de bestuursrechtspraak aangewezen. Dan denken wij wederom aan de voorlopige rechtsbescherming, maar tevens aan de mogelijkheid van declaratoire uitspraken en het opleggen van ver- en/of geboden door de bestuursrechter aan het bestuur. Declaratoire uitspraken kunnen behulpzaam zijn in het geval een oordeel gewenst is over de rechtmatigheid van een (voldoende zelfstandige) door het bestuur gestelde voorwaarde voor het verkrijgen van een bepaald besluit. Voor de ver- en geboden denken wij vooral aan de verplichting een besluit (of de rechtsgevolgen van een bestuursrechtelijke uitspraak) feitelijk uit te voeren, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan het uitbetalen van een verschuldigd bedrag of aan, bijvoorbeeld, het verschaffen van een document dat openbaar gemaakt moet worden. Ook kwam de gedachte aan het feitelijk uitvoeren van de onherroepelijk aangezegde bestuursdwang op, maar op dat punt is niet alleen gebleken hoe pragmatisch de bestuursrechtspraak dat probleem in het verleden al heeft opgelost door de weigering feitelijk uitvoering te geven aan het bestuursdwangbesluit, gelijk te stellen aan de intrekking van dat besluit, maar ook dat de wetgever daarvoor recent een, gelet op de dogmatiek van het begrip opmerkelijke en – enigszins geforceerd aandoende – oplossing heeft bedacht.²⁴² Hoewel dergelijke lapmiddelen problemen wegnemen, ligt aan die oplossing toch feitelijk het probleem ten grondslag dat niet alle feitelijke handelingen ter voorbereiding en uitvoering van het appellabele besluit tot de rechtsmacht van de bestuursrechter kunnen worden gerekend. Daaraan bestaat naar onze indruk wel behoefte. Uitgangspunt blijft wat ons betreft dat uitspraakbevoegdheden alleen kunnen bestaan bij de gratie van de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter tot dergelijke handelingen. Zonder rechtsmacht is het toevoegen van een uitspraakbevoegdheid op dat punt systematisch niet te rechtvaardigen.

²⁴¹ Als die door ons voorgestane situatie ontstaat, moet de bestuursrechter bovendien bevoegd worden om schadevergoeding toe te kennen voor 'andere onrechtmatige handelingen in het kader van een appellabel besluit waarover de bestuursrechter rechtsmacht heeft'. De eis dat het besluit onrechtmatig wordt geoordeeld moet voor de hier bedoelde handelingen dan vervallen.

²⁴² Zie respectievelijk ABRvS 5 februari 1996, AB 1996/311 m.nt. Van Buuren en art. 5:31a Awb.

Zien wij het goed, dan kan de bestuursrechter echter nog steeds niet afdwingen dat het bestuursorgaan feitelijk optreedt. En daar is het ons wel om te doen.

Als we echter proberen de grens op te zoeken, dan moet gedacht worden aan een – expliciet door de wetgever te creëren – uitspraakbevoegdheid om het bestuursorgaan op straffe van een dwangsom te verplichten het besluit binnen een bepaalde termijn (feitelijk) uit te voeren. Daarbij denken wij in eerste instantie aan het versterken van de verplichtingen die voor het bestuursorgaan voortvloeien uit de bestuursrechtelijke uitspraak. Ook al leert de ervaring dat bestuursorganen veelal uitvoering geven aan de uitspraak van de bestuursrechter, een dergelijke bevoegdheid zal naar ons oordeel goed passen in de bestuursrechtspraak van de toekomst, waarin de verwachting is dat de bestuursrechtelijke procedure er vaker toe zal leiden dat de rechtsbetrekking wordt vastgesteld.²⁴³

Als we de grens proberen op te rekken, kan tegemoet worden gekomen aan de wens van Koeman om de bestuursrechter direct bij het uitspreken van de vernietiging van een bouwvergunning de bevoegdheid te geven een bouwstop op te leggen aan de vergunninghouder. Die bevoegdheid kan naar ons oordeel worden gerechtvaardigd door de gedachte dat de bestuursrechter zelfstandig bevoegd zou moeten zijn om *een ieder* te dwingen zich te houden aan (de implicaties en consequenties van) zijn uitspraak. Die gedachte spreekt ons aan. De Franse bestuursrechter heeft, anders dan de Duitse, met een dergelijke praktijk geen moeite.²⁴⁴ Het huidige Nederlandse systeem kent echter de bevoegdheid van het bestuursorgaan om (op aanvraag) te beslissen tot handhaving en de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om een soortgelijke voorziening te treffen in een procedure tussen de vergunninghouder en de appellant. De door Koeman voorgestane uitspraakbevoegdheid zou weliswaar een belangrijke doorbreking van dat systeem betekenen, maar het komt ontegenzeggelijk tegemoet aan de wens de effectiviteit van geschillenbeslechting in het bestuursrecht te vergroten.

3.3.4 Bestuursrechtspraak: uniformiteit en differentiatie?

Wij constateren dat met de toegenomen verantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor het voeren van de regie over de finale afdoening van het geschil, het verschil tussen enerzijds bestuursrechtelijke geschillen waarbij het in beginsel mogelijk moet worden geacht om op efficiënte wijze te komen tot finale geschillenbeslechting (tweepartijengeschillen waarin het bestuursorgaan niet

²⁴³ Mocht het percentage zaken waarin de rechtsgevolgen in stand worden gelaten of zelf in de zaak wordt voorzien nog sterk stijgen, dan zal ook eerder sprake kunnen zijn van situaties waarin het bestuursorgaan weigerachtig blijft om over te gaan tot de feitelijke uitvoering van die rechtsvaststelling door de bestuursrechter.

²⁴⁴ B.W.N. de Waard, 'Spoedprocedures vergeleken', in: Th.G.M. Simons, A.T. Marseille & B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht* (VAR-reeks 136), Den Haag: BJu 2006, p. 136.

of nauwelijks beschikt over vrijheid ten opzichte van de bestuursrechter) en anderzijds de geschillen waarin dat minder voor de hand ligt (waarbij meerdere partijen betrokken zijn en waarin het bestuursorgaan beoordelings- en/of beleidsvrijheid toekomt), op scherp komt te staan. De wetgever vindt dat in de meest in het oog springende geschillen van de eerstgenoemde soort, namelijk geschillen over het niet tijdig beslissen, over het vergoeden van schade die het gevolg is van een onrechtmatig appellabel besluit en over het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete, de bestuursrechter steeds de rechtsbetrekking tussen bestuur en burger bindend zou moeten vaststellen ('vast moet stellen of te laat is beslist', 'het verzoek moet toewijzen of afwijzen' of 'verplicht zelf in de zaak moet voorzien'). Die procedures leiden alle tot hetzelfde resultaat, namelijk de vaststelling van wat rechtens tussen de betrokken partijen geldt. Omdat er ook rechtsgebieden bestaan waarin datzelfde bereikt wordt zonder expliciete wettelijke regeling, zoals het belastingrecht, zal een van de uitdagingen van de bestuursrechtspraak voor de zeer nabije toekomst ook zijn om categorieën van geschillen te identificeren waarin in beginsel de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur – begrensd door het geschil dat partijen verdeeld houdt en waarover de bestuursrechter rechtsmacht heeft – na de uitspraak volstrekt helder moet zijn. Wij denken aan geschillen op het terrein van het sociaalezekerheidsrecht, die een groot percentage van de bestuursrechtelijke geschillen vertegenwoordigen, alsmede aan geschillen over het vergoeden van schade als gevolg van een rechtmatige overheidsdaad.

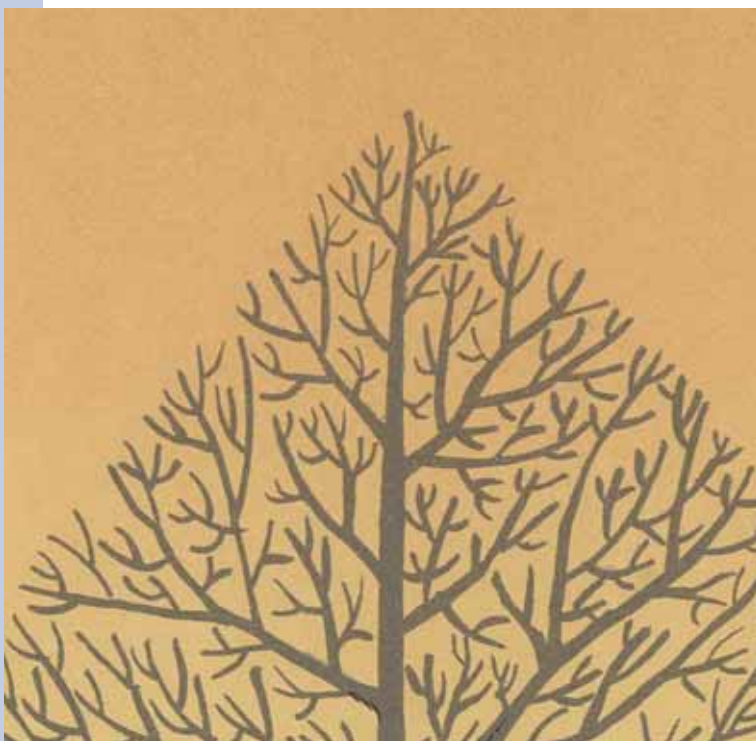
Ook de VAR-Commissie Rechtsbescherming heeft een ontwikkeling geschetst waarin bestuursrechtelijke geschillen gedifferentieerd behandeld worden.²⁴⁵ Daarmee wordt aansluiting gevonden bij de meer gehoorde gedachte dat er aanleiding is om in de Awb uitdrukking te geven aan een algemeen bestuursrecht van twee gestrengheden, waarbij vooral onderscheid wordt gemaakt tussen het tweepartijen en het meerpactijen bestuursrecht.²⁴⁶ Ondanks dat dit een vergezicht betreft en het de vraag is of een dergelijke tweedeling niet een te ongenueanceerd beeld schetst van het bestuursrecht, willen wij – overigens met Verheij – benadrukken dat het de voorkeur verdient de gewenste differentiatie, zoals de bedoelde

²⁴⁵ VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJU 2004, p. 82-83.

²⁴⁶ Zie daarover L.J.A. Damen, 'Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 260; zie ook L.J.A. Damen, 'Juridische kwaliteit: de burger centraal', in: M. Herweijer e.a. (red.), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer 2005, p. 26.

tweedeling, in de Awb te regelen.²⁴⁷ Omdat aan elkaar verwante gedachten ten grondslag liggen aan de huidige procedures tegen het niet tijdig beslissen, de bij besluit opgelegde bestuurlijke boete en de toekomstige procedure ter verkrijging van schadevergoeding, zou het de uniformiteit *en* de differentiatie ten goede komen als een vorm van uniformering tot stand zou komen voor de zaken waarin de bestuursrechtelijke procedure moet leiden tot het vaststellen van de rechtsbetrekking, voor zover de bestuursrechter daarover rechtsmacht heeft. Naar ons oordeel disfunctioneren de bestaande procedures niet, maar biedt de introductie van een (vorm van een) verzoekschriftprocedure een beter, algemeen kader om dergelijke geschillen op effectieve, efficiënte wijze finaal te beslechten. Hoewel bedacht moet worden dat het in voorkomend geval in het licht van het behoud van de kwaliteit van de rechtsbescherming en de goede toegang beter lijkt om die verzoekschriftprocedure vooraf te laten gaan door een schriftelijke standpuntbepaling of een besluit van het bestuursorgaan, kan de verzoekschriftprocedure ook een kader bieden voor de uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter in de richting van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Niet uit te sluiten valt dat voor specifieke geschillen in het bestuursrecht een fundamentele overdenking van het beslismodel van de bestuursrechter zal leiden tot de invoering van een vorm van een verzoekschriftprocedure – met de mogelijkheid van een (in)formele bestuurlijke lus – op bijzondere deelterreinen van het bestuursrecht in plaats van het klassieke vernietigingsberoep.

²⁴⁷ N. Verheij, 'Bestuursrecht op drie sporen, of: Hoe belangrijk is harmonisatie?', *NTB* 2010, 20, p. 115-116.



Deel III

Het vinden van de juiste balans:
een blik op de toekomst

1 Op zoek naar de juiste balans

In deel I hebben wij een drietal doelen van de bestuursrechtspraak onderscheiden: geschillenbeslechting, het bewaken van de legitimiteit van het overheidsoptreden en het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. We hebben aldaar de vraag opgeworpen hoe en in welke onderlinge verhouding deze drie perspectieven doorwerken bij een herbezinning op het bestuursprocesrecht. In het slothoofdstuk hebben wij een begin van een standpunt ingenomen over het antwoord op die vraag. In dit laatste deel willen we op die vraag een meer concreet antwoord proberen te geven.

Zoals we aan het slot van deel I opmerkten is uitgangspunt dat bestuursrechtspraak in de eerste plaats dient om het geschil te beslechten dat de belanghebbende en het bestuursorgaan verdeeld houdt. Naarmate het accent sterker wordt gelegd op geschillenbeslechting komen er ook andere elementen in beeld waaraan de bestuursrechtelijke rechtspleging dient te voldoen: snelheid en finaliteit van de geschillenbeslechting. Dit vormen geen zelfstandige doelstellingen van de bestuursrechtspraak, maar bijkomende voorwaarden waaraan een op geschillenbeslechting gericht procesmodel in hoge mate moet voldoen. Het gebrekkige geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak is een aanhoudend punt van zorg. In de laatste jaren is daaraan hard gewerkt en zijn er ook vorderingen gemaakt. Desalniettemin zijn grenzen aan het geschillenbeslechtende vermogen voor een belangrijk deel inherent aan de huidige systematiek van het bestuursprocesrecht.

De vraag naar de onderlinge verhouding waarin de drie doelstellingen doorwerken bij een herbezinning op het bestuursprocesrecht impliceert, zoals in deel I is opgemerkt, vooral dat het gaat om de inbedding van de tweede en derde doelstelling in het stelsel van bestuursrechtelijke geschillenbeslechting. Met de ontwikkeling in de richting van een op geschillenbeslechting gericht procesmodel in samenhang met de daarbinnen plaatsvindende subjectiveringstendenzen wordt in toenemende mate afstand genomen van de gedachte dat de bestuursrechter een rol heeft waar het gaat om het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden. Dat wil niet zeggen dat geschillenbeslechting en het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden niet tot op zekere hoogte hand in hand kunnen gaan. Iedere vorm van geschillenbeslechting impliceert in zekere zin ook een vorm van controle op de legitimiteit van het bestuursoptreden. Maar in ons stelsel van procesrecht wordt de rechtzoekende burger geacht zijn beroep niet in te stellen met (uitsluitend) het doel het algemeen belang van rechtmatig

overheidsoptreden te garanderen. Daarvoor is de burger ook geen geschikt instrument. Dat betekent tegelijkertijd wel dat er een zekere mate van spanning bestaat tussen de doelstelling van geschillenbeslechting enerzijds en de controle op de legitimiteit van het overheidsoptreden anderzijds. In dit spanningsveld komt het er op aan het juiste evenwicht te vinden. Wij proberen daartoe voorstellen te doen in hoofdstuk 3.

Het vinden van de juiste balans. Dat is ook nodig waar het gaat om de inbedding van die andere doelstelling. Eén van die doelstellingen, althans op het niveau van de hoogste bestuursrechters, is gericht op het bevorderen van de rechtsontwikkeling en het bewaken van de rechtseenheid. Overigens geldt ten aanzien van deze doelstelling dat zij niet zonder meer op gespannen voet staat met het streven naar een procesvariant dat een adequaat kader biedt voor het finaal beslechten van een rechtsgeschil tussen burger en bestuur. In tegendeel, door een sterker accent te leggen op finale geschillenbeslechting werkt de bestuursrechtspraak zelf mee aan een verschuiving naar een meer autonome vorm van rechtsvinding. Daar staat echter tegenover dat bepaalde ontwikkelingen in het huidige bestuursprocesrecht wel een zekere mate van spanning vertonen met het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid. Om deze taak goed te kunnen vervullen dienen de relevante rechtswesties echter wel de hoogste rechters te bereiken. In die zin is procederen dus niet alleen te beschouwen als een kwaad dat zoveel mogelijk moet worden bestreden. Een aantal van de recente ontwikkelingen die voortkomen uit de behoefte aan snelheid zijn er echter juist op gericht een drempel op te werpen voor de toegang tot de rechter. Denk alleen al aan de voorgenomen maatregelen tot het invoering van kostendekkende griffiegelden. Dat zijn ontwikkelingen die niet alleen vanuit rechtsbeschermingsoptiek, maar ook gezien vanuit het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en rechtseenheid weinig sympathie verdienen. Meer in het algemeen geldt wellicht dat de behoefte aan snelheid en voortvarendheid niet altijd parallel loopt met de wens om voor bepaalde zaken die er voor wat betreft de rechtsontwikkeling toe doen een bijzonder regime te volgen. In hoofdstuk 4 gaan wij in op de vraag op welke wijze een juiste balans kan worden bereikt en dus hoe de doelstelling van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en het bewaken van de rechtseenheid zo goed mogelijk kan worden ingebed in het primair op geschillenbeslechting gerichte procesmodel.

We ronden af met een hoofdstuk 5 waarin wij een oproep doen tot een fundamenteel politiek debat over de rol en de taak van de bestuursrechter in de democratische rechtsstaat.

2 Geschillenbeslechting en het besluitenprocesrecht

2.1 Inleiding

De eerste doelstelling van de bestuursrechtspraak is het beslechten van het geschil dat partijen verdeeld houdt. Op het punt van de finale geschillenbeslechting is de laatste jaren veel vooruitgang geboekt. Dat heeft deels te maken met het feit dat de gereedschapskist van de rechter is uitgebreid met bijvoorbeeld het instrument van de bestuurlijke lus, maar heeft anderzijds ook te maken met een veranderde attitude in de rechtspraak. Zoals in deel II uitvoerig is uiteengezet rekent de bestuursrechter het veel meer dan voorheen tot zijn taak niet alleen een oordeel uit te spreken over de rechtmatigheid van het aan hem voorgelegde besluit, maar ook om bij een bevonden onrechtmatigheid het geschil zo finaal mogelijk te beslechten.

Het geschil in de bestuursrechtelijke procedure wordt naar huidig recht gedefinieerd binnen de grenzen van een specifieke bevoegdheidsuitoefening door het bestuursorgaan. Zoals in de delen I en II reeds naar voren is gebracht beperkt dat in zekere zin reeds het geschilbeslechtend vermogen van de bestuursrechtspraak. Getoetst wordt immers slechts of het bestuur zich bij de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid aan het recht heeft gehouden, terwijl het werkelijke geschil breder of andersoortig kan zijn. In die zin is het van belang te constateren dat de discussie over finale geschillenbeslechting niet alleen moet worden gevoerd binnen de grenzen van het klassieke vernietigingsberoep bij de bestuursrechter. Uiteraard is het van belang om binnen het klassieke besluitenprocesrecht te blijven zoeken naar mogelijkheden om optimaal te voldoen aan de wens van finaliteit, maar het is tegelijkertijd noodzakelijk de blik verder te richten. Dat dient naar onze mening langs twee lijnen te verlopen.

In de eerste plaats wordt bij het zoeken naar mogelijkheden tot finale geschillenbeslechting de aandacht al snel gericht op wat we zouden kunnen noemen 'de achterkant van het probleem', namelijk de rechterlijke procedure. Het proces van geschillenbeslechting kan echter niet alleen een verantwoordelijkheid van de rechter zijn. Het begint reeds daarvóór, in de fase van bestuurlijke besluitvorming en bestuurlijke heroverweging. Dat vergt echter wel dat er meer aandacht voor geschillenbeslechting moet zijn binnen het bestuur en dat bestuurlijke procedures, in het bijzonder de bezwaarschriftprocedure, moeten worden ingezet waarvoor zij van oorsprong zijn bedoeld, namelijk om te bezien of aan alle betrokken belangen optimaal recht kan worden gedaan. Tevens werpen wij de vraag op of de verwachtingen die rechtzoekenden koesteren ten aanzien van wat de bestuurs-

rechter voor hen kan betekenen, wel altijd gerechtvaardigd zijn. In bepaalde gevallen wordt het bestuur een grote mate van politieke afwegingsruimte gelaten en biedt het recht betrekkelijk weinig aanknopingspunten voor een juridische toetsing van het bestreden besluit. Wij stellen ons de vraag of in die gevallen niet beter recht kan worden gedaan aan de verwachtingen en behoeften van partijen door middel van andere instrumenten van geschillenbeslechting. Op al deze aspecten gaan wij in de hiernavolgende paragraaf 2.2 nader in.

In de tweede plaats dient er blijvend aandacht te bestaan voor het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak. In dat verband is het naar onze mening van belang om te onderkennen dat alle betrokkenen, rechter en partijen, een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor een voortvarend, efficiënt en effectief verloop van het proces. Die notie heeft naar onze mening gevolgen voor de inrichting van de procedure, voor het procesgedrag van partijen en voor het gebruik door de rechter van de hem ter beschikking staande processuele middelen. Tegelijkertijd moeten we erkennen dat de grenzen aan het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak voor een belangrijk deel inherent zijn aan de huidige systematiek van het bestuursprocesrecht. Dat maakte het noodzakelijk om in deel II te bezien of we de centrale rol die het besluitbegrip in ons bestuursprocesrecht speelt en de gevolgen die dat heeft voor de armslag die de bestuursrechter heeft om het geschil definitief te beslechten, niet enigszins moeten relativeren. In paragraaf 2.3 gaan we op deze aspecten in.

2.2 Geschillenbeslechting en het belang van de bestuurlijke voorprocedure

2.2.1 Dejuridisering van de bezwaarschriftprocedure

Zoals hiervoor is opgemerkt hebben bestuur en rechter waar het gaat om geschillenbeslechting in het bestuursrecht een gezamenlijke verantwoordelijkheid. Elk van hen heeft een eigen taak, maar voor de effectiviteit van hun handelen zijn zij op elkaar aangewezen. Wij benadrukten in dat verband dat geschillenbeslechting niet een uitsluitende verantwoordelijkheid van de bestuursrechter kan zijn. Geschillenbeslechting begint bij en is primair een verantwoordelijkheid van het bestuur. De rechtsbescherming door de rechter bestrijkt slechts één aspect van het geschil, namelijk de juridische toetsing. De bestuurlijke geschillenbeslechting blijft derhalve leidend. Dat kan zijn in de vorm van vooroverleg, een zienswijzenprocedure, een bezwaarschriftprocedure of – in zeldzame gevallen – administratief beroep, maar ook in de vorm van alternatieve wijzen van geschillenbeslechting zoals mediation waarin ook andere waarden dan het recht richtinggevend zijn.

Wellicht is door de nadruk op de geschillenbeslechtende functie van de bestuursrechtspraak de aandacht in de doctrine en de wetgeving voor geschillenbeslechting binnen het bestuur afgenomen. Maar de behoefte daaraan is niet verdwenen. Wij menen dat Schueler gelijk heeft waar hij opmerkt dat een optimale benutting van de bestuurlijke voorprocedures, waarbij de rechtmatigheid slechts één van de te beoordelen aspecten is, een voorwaarde is voor de houdbaarheid van bestuursrechtspraak in de samenleving.¹

De juridische rationaliteit die eigen is aan de toetsing van de bestuursrechter heeft echter onvermijdelijk gevolgen voor de houding van het bestuur en voor de inrichting van de voorprocedure – veelal een bezwaarschriftprocedure. Doordat het bestuur partij is in een juridisch geding wordt een defensieve en ontwijkende bestuursmentaliteit in de hand gewerkt. Tegelijkertijd werpt dit zijn schaduw vooruit en beïnvloedt in zekere zin de houding van het bestuur. Een veelgehoorde klacht over het functioneren van de bezwaarschriftprocedure is bijvoorbeeld dat de focus in de heroverweging, gestimuleerd door het functioneren van een vooral uit juristen bestaande bezwaarschriftencommissie, vooral is gericht op de vraag of het besluit 'judgeproof' is.² Meer in het algemeen lijkt ook reeds in de voorprocedure een zekere mate van risicocalculatie aan de zijde van het bestuur zichtbaar. Dat wordt versterkt doordat de focus van het bestuur primair is gericht op het realiseren van bepaalde doelstellingen die het zichzelf heeft gesteld, waardoor zich een eigen dynamiek en een eigen logica ontwikkelen. Dat is waarschijnlijk wat Van Wijmen bedoelde toen hij stelde dat de overheid te veel partij is in belangenconflicten waardoor zij zichzelf ongeschikt maakt voor haar eigenlijke rol als afweger van belangen.³

In het bijzonder de betrokkenheid van een over het algemeen overwegend uit juristen bestaande bezwaarschriftenadviescommissie leidt in veel gevallen tot een sterke juridisering van de bestuurlijke heroverwegingsfase. Met deze 'juridisering' wordt bedoeld dat de bezwaarschriftprocedure meer het karakter krijgt van een prerichterlijke toetsing, dan van een heroverweging waarbij ook andere waarden dan het recht worden betrokken. Zoals De Waard e.a. opmerken:

¹ B.J. Schueler, 'Hoe ver zat Struycken er naast?', in: W. Hins, A. Nieuwenhuis & J. Reestman (red.), *Recht en Reede* (De Reede-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 142.

² B.J. Schueler, 'Hoe ver zat Struycken er naast?', in: W. Hins, A. Nieuwenhuis & J. Reestman (red.), *Recht en Reede* (De Reede-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 142-143.

³ 'Kabinet holt bescherming natuur uit', *Brabants Dagblad*, 17 september 2009, p. 3.

'Uit een aantal van onze interviews (...) ontstaat het beeld van ambtenaren die als terriërs een genomen besluit verdedigen, vaak door met een beroep op juridische regels de argumentatie van de bezwaarmakers onderuit te halen. De luisterende functie, de gespreksfunctie laat men dan geheel in handen van de commissie. In een aantal gevallen leest de ambtenaar tijdens de zitting een pleitnota voor.'⁴

Dat leidt ertoe dat de bezwaarschriftprocedure veelal niet de rol vervult die zij zou moeten vervullen. Die rol hangt overigens in sterke mate af van het type besluit. In sommige gevallen is er nauwelijks ruimte voor onderhandeling en gaat het in de bezwaarschriftprocedure vooral om informatie-uitwisseling. Zijn de feiten bijvoorbeeld goed vastgesteld? In andere gevallen is er wel een zekere ruimte en kan de bezwaarschriftprocedure een waardevolle rol spelen door op een min of meer informele wijze te trachten tot een oplossing van het geschil te komen.⁵ Een dergelijke vaak meer informele aanpak blijkt in de praktijk zelden te worden beproefd en als het al gebeurt zijn de bevindingen van degenen die in bezwaar zijn gekomen lang niet altijd positief over de wijze waarop dat proces is vormgegeven. In dat opzicht verdient de geschillenbeslechtende functie van de bezwaarfase in de komende periode blijvend de aandacht. We dienen ons opnieuw de vraag te stellen waartoe de bezwaarschriftprocedure nu ooit bedoeld was. Dat was toch primair om voor het bestuur zelf een zeker tegenwicht in te bouwen? Een procedure waarin de besluitvorming in al zijn facetten kan worden heroverwogen in het licht van de bezwaren van belanghebbende burgers. De bezwaarschriftprocedure is niet primair bedoeld als voorportaal voor de rechterlijke procedure, maar juist als laatste kans voor het bestuur. De bezwaarfase leent zich er daardoor ook veel beter voor dan een rechterlijke procedure om op min of meer informele wijze met betrokkenen naar een oplossing van het geschil te zoeken. Dat vergt goede communicatie en specifieke vaardigheden waarin moet worden geïnvesteerd. In dat verband rijst ook de vraag of in gevallen waarin er wel degelijk een zekere speelruimte (of beter: onderhandelingsruimte) bestaat niet vaker degene die de politieke verantwoordelijkheid draagt voor het besluit waartegen bezwaar is gemaakt, zichtbaar een rol moet spelen in het kader van de heroverweging en meer in het bijzonder in het kader van de hoorprocedure. In de gevallen waarin er voor wordt gekozen een bezwaarschriftencommissie in te

⁴ B.W.N. de Waard e.a., *Ervaringen met bezwaar. Onderzoek naar de ervaringen van burgers met de bezwaarschriftprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2011, p. 183.

⁵ Vgl. B.W.N. de Waard e.a., *Ervaringen met bezwaar. Onderzoek naar de ervaringen van burgers met de bezwaarschriftprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2011.

stellen zou het wellicht aanbeveling verdienen om bij de samenstelling daarvan niet alleen juristen te selecteren, maar ook voldoende andere deskundigen: mensen met politieke ervaring, materiedeskundigen etc. Ook zou er aan kunnen worden gedacht om de ambtenaar die bij de voorbereiding van het besluit betrokken is geweest vaker onderdeel te laten uitmaken van de commissie die de bezwaarmakers hoort, in plaats van een optreden als verdediging waardoor de procedure als vanzelf in sterke mate contradictoire trekken krijgt?

Een dejuridisering van de bestuurlijke heroverwegingsprocedure is van groot belang bij het streven naar een snelle en finale wijze van geschillenbeslechting binnen het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Geschillenbeslechting begint immers niet pas bij de rechter. Zoals Schueler opmerkt: 'De bestuurlijke voorprocedure behoort geen voorportaal voor de rechtspraak te zijn, de rechtspraak zou een controle op de bestuurlijke voorprocedure moeten zijn.'⁶

2.2.2 Van administratief beroep naar bestuursrechtspraak en weer terug?

2.2.2.1 Administratief beroep en de waarborg van artikel 6 EVRM

In deel I werd beschreven dat de Wet op de Raad van State van 1861 een Afdeling voor de geschillen van bestuur instelde die belast was met advisering van de Kroon in de door haar te beslissen geschillen, het zogenaamde kroonberoep. De behandeling van het kroonberoep vond in feite plaats door de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State. De Afdeling hoorde zowel de klager als een vertegenwoordiger van het verwerend orgaan en legde haar uiteindelijke oordeel neer in een concept-Koninklijk Besluit tot beslissing van het geschil. In vrijwel alle gevallen nam de Kroon het oordeel van de Afdeling over; slechts in een enkel geval besloot de Kroon 'contrair' te gaan.

In 1985 wees het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het Benthem-arrest, waarin de vraag aan de orde was of het kroonberoep beantwoordt aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan de toegang tot een onafhankelijke rechter in gevallen waarin het gaat om de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen als bedoeld in artikel 6 EVRM.⁷ Het Hof kwam tot het oordeel dat in deze zaak het in artikel 6 EVRM neergelegde grondrecht op toegang tot een onafhankelijke rechter inderdaad was geschonden. Uit de overwegingen van

⁶ B.J. Schueler, 'Hoe ver zat Struycken er naast?', in: W. Hins, A. Nieuwenhuis & J. Reestman (red.), *Recht en Reede* (De Reede-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 142.

⁷ EHRM 23 oktober 1985, AB 1986/1 m.nt. Hirsch Ballin (Benthem t. Nederland).

het Hof blijkt duidelijk dat de strijdigheid van het beroep op de Kroon met artikel 6, eerste lid, EVRM niet beperkt is tot de situatie waarin een contrair besluit tot stand komt. Reeds de mogelijkheid van een afwijking door de Kroon van het advies van de Afdeling voor de geschillen van bestuur brengt mee, dat deze Afdeling geen 'tribunal' in de zin van artikel 6 EVRM is.

Door de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet Kroongeschillen op 1 januari 1988 werd de Afdeling voor de geschillen van bestuur in reactie op het Benthem-arrest tevens administratieve rechtspraak opgedragen. Zij werd belast met de eindbeslissing in vrijwel alle zaken waarin voorheen beroep op de Kroon openstond. Slechts voor bepaalde categorieën van zaken bleef Kroonberoep mogelijk: in geschillen met betrekking tot besluiten van algemene strekking en zuivere bestuursgeschillen. Uiteindelijk gingen de Afdeling geschillen en de Afdeling rechtspraak in 1994 op in de huidige Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State die blijkens de Wet op de Raad van State fungeert als hoogste algemene bestuursrechter.

Bij de algehele grondwetsherziening van 1983 heeft men blijkens artikel 115 Grondwet, welbewust de mogelijkheid opengehouden om in bepaalde type geschillen te volstaan met het openstellen van een mogelijkheid van administratief beroep. Dat wil zeggen, met de mogelijkheid dat niet een rechter maar een hoger bestuursorgaan in laatste instantie oordeelt in een bestuursrechtelijk geschil. Vanuit rechtsstatelijke optiek blijken daar bedenkingen bij te bestaan. Zoals Hirsch Ballin in 1986 schreef:

'Uit het oogpunt van realisering van de rechtsstaatsidee is het – bij alle waardering die men kan hebben voor de manier waarop het beroep op de Kroon en ook sommige andere vormen van administratief beroep in praktijk worden toegepast – niet onbedenkkelijk, wanneer overheidsbeslissingen die particulieren op een of andere manier in hun rechtspositie raken, onttrokken zijn aan toetsing door een onafhankelijke rechter.'⁸

De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens rond artikel 6 EVRM is – bij gebreke van een in onze Grondwet verankerd recht op toegang tot de rechter inzake bestuursrechtelijke geschillen – van groot belang gebleken bij de verdere implementatie van die rechtsstaatsidee in onze nationale rechtsorde en heeft aldus voor een impuls gezorgd in de verdere ontwikkeling van ons stelsel van bestuursrechtspraak.

⁸ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Een grondrecht op toegang tot de rechter inzake administratiefrechtelijke geschillen?', AA 1986/3, p. 229-245.

Hoezeer ook deze ontwikkelingen moeten worden toegejuicht, we mogen niet uit het oog verliezen dat het Kroonberoep en andere vormen van administratief beroep die werden opengesteld in plaats van bestuursrechtspraak (en niet voorafgaand aan bestuursrechtspraak) vanuit de optiek van geschillenbeslechting ook zekere voordelen hadden. Het administratief beroep heeft een tweeledige functie. In de eerste plaats gaat het om het bieden van rechtsbescherming, om rechtszekerheid die de burger moet worden geboden. In de tweede plaats maakt het administratief beroep het ook mogelijk dat een zekere beïnvloeding door hogere bestuursorganen van de besluitvorming van decentrale bestuursorganen plaatsvindt. In dat opzicht doet zich een duidelijk verschil voor tussen de beoordeling in administratief beroep en de toetsing door de bestuursrechter. De rechter kan alleen de rechtmatigheid van een genomen besluit toetsen en niet ook de doelmatigheid. Deze beperking doet zich in het bijzonder dan gevoelen, wanneer er nauwelijks rechtens definieerbare criteria voor handen zijn waaraan de toetsing door de rechter kan worden verricht.

Er zijn zelfs gevallen waarin de bestuursrechter bij het toetsen van een besluit van de regering te maken krijgt met een 'acte de gouvernement' die nagenoeg niet vatbaar is voor rechterlijk toetsing omdat er geen rechtens definieerbare criteria bestaan waaraan die toetsing kan worden verricht. Een mooi voorbeeld is de spraakmakende Landsbanki-zaak.⁹ Verschillende Nederlandse gemeenten en provincies hadden spaartegoeden uit staan bij de in financiële problemen geraakte IJslandse bank Landsbanki. Verschillende gemeente- en provinciebesturen besloten daarop tot het voeren van een incasso-kort geding ter verkrijging van een executoriale titel teneinde de inmiddels door hen gelegde beslagen te kunnen uitwinnen. Bij koninklijk besluit heeft de Kroon deze besluiten vernietigd wegens strijd met het algemeen belang. De Afdeling bestuursrechtspraak worstelt zichtbaar met de beoordeling van dit besluit tot spontane vernietiging:

'Zeker waar, zoals hier, wordt ingegrepen op de grond dat de vernietigde besluiten strijden met het algemeen belang, waarbij het vernietigingsbesluit niet primair is ingegeven door bewaking van de constitutionele bevoegdheidsverdeling, maar veeleer ter verzekering van de taakverdeling in politiek opzicht en dit ingrijpen onderworpen is aan parlementair toezicht, dient de rechter het daartoe strekkende besluit slechts met grote terughoudendheid te toetsen.'

⁹ ABRvS 22 april 2009, *JB* 2009/144 m.nt. Broeksteeg.

Vervolgens overweegt ze dat nu tegen dit besluit beroep op haar is opengesteld, zij aan die toetsing wel inhoud dient te geven. Uiteindelijk komt de Afdeling echter niet verder dan een uitwendige toetsing aan het vereiste van een deugdelijke motivering. We zien hier dat door de mate van vrijheid die de regering is gelaten en door het sterk politieke karakter van de besluitvorming, de rechter nauwelijks rechtens definieerbare criteria worden aangereikt. Aan een inhoudelijk oordeel op basis van bijvoorbeeld het beginsel van de paritas creditorum (de gelijkheid van schuldeisers) komt de Afdeling niet toe, omdat het primaat van het bestuur haar tot terughoudendheid dwingt.

Nu moet onmiddellijk worden gezegd dat geschillen tussen bestuursorganen die voortvloeien uit een toezichtsrelatie, zoals in de Landsbankizaak aan de orde was, van bijzondere aard zijn. Zoals de Raad van State in zijn 'Tweede periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen' signaleert, zal bij de uitoefening van het toezicht steeds een balans moeten worden gevonden tussen enerzijds de hogere, algemene belangen die de toezichthouder beoogt te waarborgen en anderzijds de eigen verantwoordelijkheid en zelfstandigheid van de onder toezicht gestelde overheden. De beoordeling van die balans en van de betrokken bestuurlijke belangen vergt een inhoudelijke beoordeling – een doelmatigheidstoets – en is daarmee ruimer dan de rechtmatigheidstoets door de bestuursrechter. De vraag zou kunnen worden gesteld of rechterlijke toetsing in dit type gevallen wel passend is. Die vraag laat zich ten aanzien van dit soort 'zuivere' bestuursgeschillen relatief gemakkelijk stellen, omdat artikel 6 EVRM op dit type geschillen niet van toepassing is. De heersende leer houdt immers in dat de waarborgen van artikel 6 EVRM niet door overheden zijn in te roepen. Grond- en mensenrechten zijn, zo is communis opinio, in te roepen door burgers tegen de overheid en niet door publiekrechtelijke lichamen en bestuursorganen.

Naar aanleiding van het verschijnen van het rapport 'Bestuur in geding' en de daarin betrokken stelling dat het onwenselijk is dat overheden hun conflicten aan de rechter voorleggen omdat zulks afbreuk zou doen aan het primaat van de politiek en zou leiden tot juridisering van bestuurlijke verhoudingen,¹⁰ heeft het toenmalig kabinet onderzoek laten verrichten naar de beslechting van bestuursgeschillen.¹¹ Het kabinet zag uiteindelijk echter onvoldoende aanleiding

¹⁰ Rapport van de Werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, november 1997.

¹¹ Kabinetsstandpunt Alternatieve afdoening van bestuursgeschillen (*Kamerstukken II* 1999/2000, 27 286, nr. 1).

om vergaande wijzigingen aan te brengen in het bestaande stelsel van rechtsbescherming, omdat de type 'zuivere' bestuursgeschillen zich slechts in een relatief gering aantal zaken voordoet. En indien er in een geschil tussen overheden ook natuurlijke of privaatrechtelijke rechtspersonen zijn betrokken, zo oordeelde het toenmalig kabinet, komen de grenzen van artikel 6 EVRM al snel in zicht. Overigens lijkt het standpunt van het kabinet ten aanzien van de niet-zuivere bestuursgeschillen inmiddels alweer enigszins verlaten met artikel 1.4 van de Crisis- en herstelwet dat bepaalt dat in afwijking van artikel 8:1, eerste lid van de Awb een niet tot de centrale overheid behorende rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan geen beroep kan instellen tegen een besluit, indien dat besluit niet is gericht tot die rechtspersoon of tot een orgaan van die rechtspersoon, onderscheidenlijk tot dat bestuursorgaan of tot de rechtspersoon waartoe dat bestuursorgaan behoort.

2.2.2.2 Naar een op Deens recht geïnspireerd 'administratief beroep'?

Toch behoeven de grenzen van artikel 6 EVRM ons er niet van te weerhouden de vraag te stellen of we met het afschaffen van het Kroonberoep niet te snel ook de voordelen van het administratief beroep over boord hebben gezet. Vanuit het perspectief van finale geschillenbeslechting heeft de gebroken verantwoordelijkheid waarover wij in deel I schreven, een zeker nadeel. Zoals Schueler zegt, rukt rechterlijke toetsing uiteen wat moeilijk te scheiden is: de verantwoordelijkheid voor het resultaat van een procedure.¹² Die verantwoordelijkheid wordt gesplitst in een bestuurlijke deel en een juridisch deel en slechts ten aanzien van laatstbedoelde deel heeft de bestuursrechter het laatste woord. Het voordeel van het administratief beroep is dat het bijeenhoudt wat onverbrekelijk met elkaar samenhangt en dat daardoor veel gemakkelijker wordt toegekomen aan beslechting van het werkelijke geschil dat partijen verdeeld houdt. Zeker in gevallen – en ook buiten de hiervoor genoemde bestuursgeschillen in het kader van repressief toezicht doen zich die voor – waarin het recht weinig aanknopingspunten biedt waaraan een rechterlijke toetsing kan worden verricht.

Het is de belangrijkste reden waarom bijvoorbeeld in Denemarken het 'administratief beroep' een grote populariteit geniet. Karakteristiek voor het Deens bestuursrecht is een aantal onafhankelijke raden of commissies van beroep,

¹² B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: B.J. Schueler, B.J. van Eetkoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 24.

vaak met de verzamelnaam ankenaeven aangeduid.¹³ Het gaat daarbij overigens om raden of commissies die organisatorisch gesitueerd zijn tussen de gewone bestuursorganen en de rechterlijke macht in en die als hoogste instantie in administratief beroep oordelen. Deze quasirechterlijke ankenaeven zijn er op verschillende deelterreinen, zoals het belastingrecht, het milieurecht, het natuur- beschermingsrecht en het sociale zekerheidsrecht. Ingevolge de respectievelijke instellingswetten worden deze ankenaeven veelal voorgezeten door een jurist. Daarnaast bestaan zij echter veelal uit deskundigen op een specifiek beleidsterrein, ambtenaren, deskundigen die belangenorganisaties vertegenwoordigen, rechters en in sommige gevallen ook politici. De raden, zo schrijven De Waard, Bok en Gilhuis, worden om een aantal redenen aantrekkelijk gevonden, onder meer vanwege de omvang van de toetsing, de brede deskundigheid van de leden en het feit dat zij veelvuldig zelf in de zaak voorzien door zelf een nieuwe beslissing te nemen.¹⁴ Overigens staat van de uitspraken van de ankenaeven beroep op de rechter open. In de praktijk, aldus De Waard, Bok en Gilhuis, wordt hiervan maar weinig gebruik gemaakt.¹⁵ Als gevolg hiervan wordt een groot aantal van de geschillen tussen overheid en burger door ankenaeven in laatste instantie afgedaan.

Kunnen we hiervan iets leren voor het Nederlandse bestuursrecht? Wij zouden zeker niet meteen willen pleiten voor het invoeren van een met het Deense bestuursrecht vergelijkbare vorm van 'administratief beroep' over de gehele breedte van het bestuursrecht. Toch kunnen wij ons geschillen voorstellen – in het bijzonder die, waarbij het recht nauwelijks aanknopingspunten voor een rechterlijke toetsing biedt omdat de bevoegdheidsuitoefening in hoge mate een politiek-bestuurlijke afweging betreft – waarvoor een dergelijke vorm van quasirechterlijk administratief beroep de burger meer te bieden heeft in termen van geschillenbeslechting dan een procedure voor de rechter. We zouden hierbij onder meer kunnen denken aan de diverse appellabele besluiten van algemene strekking, zoals bijvoorbeeld tracébesluiten, maar wellicht ook aan bepaalde bestemmingsplannen en inpassingsplannen. In geschillen naar aanleiding van dergelijke typen van besluiten zouden de mogelijkheden van een 'administratief beroep' door een min of meer onafhankelijke commissie nadere bestudering behoeven.

Een dergelijk quasirechterlijk administratief beroep vindt plaats voor een bij

¹³ Zie hierover B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht 2001: rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2001, p. 136-138.

¹⁴ B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht 2001: rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2001, p. 137.

¹⁵ B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht 2001: rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2001, p. 138.

wet ingestelde onafhankelijke commissie bestaande uit niet alleen juristen, maar ook andere deskundigen waaronder mensen met een grote bestuurlijke ervaring. Die commissie zou haar beoordeling niet moeten beperken tot aspecten van rechtmatigheid, maar juist moeten trachten om binnen de bandbreedte die het bestuursorgaan is gelaten te zoeken naar een oplossing van het geschil die recht doet aan de betrokken belangen. Uiteindelijk zou die oplossing naar ons oordeel moeten uitmonden in een advies aan het orgaan waaraan de bevoegdheid tot besluitvorming is opgedragen. Het kan immers niet zo zijn dat de verantwoordelijkheid voor de besluitvorming met een dergelijk 'administratief beroep' wordt overgedragen aan een niet democratisch-gelegitimeerd orgaan. Uiteindelijk is het laatste woord aan het bevoegde orgaan dat alleen goed gemotiveerd 'contrair' kan gaan. Deze vorm van administratief beroep zouden wij – anders dan het vroegere Kroonberoep – niet in de plaats van het procedure bij de bestuursrechter willen stellen, hoewel dat niet zonder meer ondenkbaar zou zijn. Eerder denken wij in het licht van artikel 6 EVRM aan een systematiek, vergelijkbaar met die in Denemarken, waarbij uiteindelijk na een oordeel in 'administratief beroep' nog beroep op de bestuursrechter openstaat.

Over het algemeen zal het naar ons oordeel gaan om type besluiten waartegen thans reeds geen bezwaar en rechtspraak in één instantie openstaat. Het lijkt ons vanzelfsprekend dat wanneer een hierboven beschreven vorm van 'administratief beroep' zou worden opengesteld, deze procedure in voorkomende gevallen in de plaats treedt van de bezwaarschriftprocedure. Wij realiseren ons dat dit voorstel voor de gevallen waarin er thans tegen het primaire besluit beroep in eerste en enige aanleg op de Afdeling openstaat, betekent dat een extra instantie wordt tussengevoegd. Desalniettemin hebben wij de verwachting dat een dergelijke vorm van 'administratief beroep' kan bijdragen aan een finale en snelle beslechting van bestuursrechtelijke geschillen. Het antwoord op de vraag of het 'administratief beroep' leidt tot vertraging zal in belangrijke mate afhangen van het succes dat de colleges van administratief beroep zullen hebben. In Denemarken is dat succes blijkbaar groot. Maar ook in ons eigen rechtssysteem vinden wij aanwijzingen voor de stelling dat de filterfunctie groot zou kunnen zijn: de toename van het aantal zaken in de ruimtelijke ordening na het wegvallen van de goedkeuringsprocedure bij gedeputeerde staten geeft bijvoorbeeld reeds een belangrijke indicatie in die richting. Meer in het algemeen verwachten wij echter dat een dergelijke mogelijkheid van 'administratief beroep' in selectieve zaken het geschillenbeslechtend vermogen en daarmee de legitimiteit van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming ten goede zal komen. Naar ons oordeel verdient zij om die reden een nadere bestudering.

2.3 Werken aan het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak

2.3.1 Finaliteit: een gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen

Zoals in de voorgaande delen I en II is signaleerd lijkt er sinds de derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht in 2006 een duidelijke tendens waarneembaar in de bestuursrechtspraak naar meer finale geschillenbeslechting. De kentering die sinds dat moment zichtbaar is in de jurisprudentie heeft voornamelijk te maken met een wijziging in de attitude van de bestuursrechters. In de jurisprudentie zijn er duidelijke aanwijzingen dat de bestuursrechtspraak meent dat het op haar weg ligt om bij een vernietiging van het bestreden besluit eerst de mogelijkheden te bezien tot finale afdoening alvorens wordt volstaan met een 'kale' vernietiging. Deze veranderde attitude lijkt ook gepaard te gaan met een wijziging in de taakverdeling tussen rechter en partijen.

Het denken over die taakverdeling tussen rechter en partijen is in het bestuursrecht altijd in sterke mate beheerst door de idee van ongelijkheidscompensatie. Van oudsher wordt verdedigd dat de burgerlijke rechter lijdelijk is en de bestuursrechter een actieve rechter is. Die actieve houding steunde op een tweetal klassieke argumenten. Het eerste argument werd gevormd door de controlefunctie die aan de bestuursrechtspraak werd toegekend. Naarmate het Awb-procesrecht meer afstand neemt van de controlefunctie en het bestuursprocesrecht zich meer ontwikkelt in de richting van een op geschillenbeslechting gericht procesmodel, zijn aan het doel van de bestuursrechtspraak minder argumenten te ontleen om iets te doen dat partijen niet willen of waar partijen niet om gevraagd hebben.¹⁶ De toegenomen partijautonomie vormt de keerzijde van deze ontwikkeling. Als we spreken over partijautonomie in het bestuursrecht dan ziet dat naar onze mening op de omstandigheid dat de appellant niet alleen zeggenschap heeft over de aanleg en beëindiging van het geding, maar ook over de juridische, en tot op zekere hoogte de feitelijke grondslagen van het geding. Deze ontwikkeling in de richting van een op rechtsbescherming gericht procesmodel en de daarmee gepaard gaande accentuering van de partijautonomie neemt niet weg dat er nog een tweede argument is waarop een actieve houding van de bestuursrechter wordt geacht te zijn gestoeld. Dat andere argument is gelegen in de eerder genoemde idee van ongelijkheidscompensatie. De gedachte is – ook vandaag de dag nog, al lijkt dat besef tanende – dat bestuursrechtspraak echt iets anders is

¹⁶ Vgl. ook N. Verheij, 'De klantvriendelijke rechter', in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *Nieuw bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 137.

dan civiele rechtspraak. In deel II van dit onderzoek is aan die bijzondere karakteristiek aandacht besteed. De structurele ongelijkheid die eigen is aan de rechtsverhouding tussen burger en bestuur heeft geleid tot een compensatie op systeemniveau, die met Polak kan worden geduid als 'de cultuur van de goede toegang'.¹⁷ Te denken valt aan het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging en de (van oorsprong) lage griffiegelden. Dat laatste – de lage griffiegelden – lijkt inmiddels achterhaald en dat is een ontwikkeling die een breuk vormt met een lange traditie in het bestuursrechtelijke denken en die ons alleen al vanuit dat perspectief grote zorgen baart. De ongelijkheid in de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, zo wordt door velen aangenomen, heeft ook gevolgen voor de opstelling van de bestuursrechter in een concrete zaak. Die wordt geacht actiever te zijn dan die van zijn civiele collega. Die actieve houding is dan vooral gelegen in de opstelling die de bestuursrechter kiest rond het meer of minder ruim interpreteren van de beroepsgronden (artikel 8:69, eerste lid, Awb), waarna de rechtsgronden daarbij ambtshalve aangevuld moeten worden (artikel 8:69, tweede lid, Awb), en het aanvullen van de feiten (artikel 8:69, derde lid, Awb). Hoewel wij graag aannemen dat de idee van ongelijkheidscompensatie kenmerkend is voor het bestuursrecht, hebben wij moeite te duiden wat nu precies onder ongelijkheidcompensatie moet worden verstaan en in hoeverre dit concept nu richtinggevend kan zijn voor de opstelling van de bestuursrechter in een concrete zaak. Bij een verdere herbezinning op de uitgangspunten van het bestuursprocesrecht verdient die vraag de aandacht. Op dit punt willen wij echter aandacht vragen voor een ander aspect in de verdeling van taken en bevoegdheden tussen rechter en partijen, waarvan wij het idee hebben dat dit in de discussies over het bestuursprocesrecht nog wat onderbelicht is gebleven.

Wij menen dat de sterke focus op finale geschillenbeslechting in de bestuursrechtspraak een ander element in beeld brengt dat van belang is voor de taakverdeling tussen rechter en partijen. Naar onze mening – we haken daarbij aan bij hetgeen Asser e.a. in dit verband voor het burgerlijk procesrecht hebben opgemerkt – is wezenlijk voor de vaststelling van de processuele rechten en bevoegdheden van rechter en partijen in onderlinge verhouding bezien, dat zij een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor een effectieve, efficiënte en voortvarende beslechting van het geschil die ook vanuit juridisch-kwalitatief oogpunt bevredigend is.¹⁸ Deze notie van een gezamenlijke verantwoordelijkheid

¹⁷ J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 1999.

¹⁸ W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003, p. 78.

dient te leiden tot een vorm van samenwerking die wordt gekenmerkt door een algemene verplichting van partijen tot medewerking aan het bereiken van het doel van het proces. Voor de rechter geldt daartegenover de verplichting om zich actief met het proces bezig te houden om een ook voor partijen aanvaardbaar resultaat te bereiken.

Met de ontwikkeling in de richting van een op geschillenbeslechting gericht procesmodel komt het accent meer en meer te liggen op een voortvarend, efficiënt en effectief verloop van het proces en daarmee groeit de behoefte aan een verantwoorde proceshouding die is gericht op het bereiken van dat doel. Nu moet daar meteen bij worden opgemerkt dat de aard en de omvang van de problematiek waarop de Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht reageert – de negatieve uitwassen van het concept van de partijautonomie, waaronder conflictueuze en vertragende procesacties – niet helemaal te vergelijken is met de situatie in het bestuursrecht. Het bestuursprocesrecht laat voor deze uitwassen nu eenmaal minder ruimte, onder meer door het stellen van korte termijnen. We menen echter dat de ratio daarvan juist is terug te voeren op een concept dat best mag worden aangeduid als een 'gezamenlijke verantwoordelijkheid'. Immers, juist door de betrokkenheid van het algemeen belang en niet zelden ook van de belangen van derden is de behoefte aan rechtszekerheid in het bestuursrecht groot. Juist bij die behoefte past dat de bestuursrechter en partijen gezamenlijk een grote mate van verantwoordelijkheid dragen voor een goed verloop van de procedure.

Bij het concept van een gezamenlijke verantwoordelijkheid past heel goed het uitgangspunt dat partijen zeggenschap hebben over de juridische en feitelijke grondslagen van het geding. Het stelt tegelijkertijd echter grenzen aan de wijze waarop zij die zeggenschap uitoefenen. Het is op de grondslag van de gezamenlijke verantwoordelijkheid dat een norm als de goede procesorde zijn functie kan vervullen: een plicht dus van 'de kaarten op tafel'. Het concept van de gezamenlijke verantwoordelijkheid kleurt als het ware de inhoud van de norm van de goede procesorde in concreto. Zij brengt tot uitdrukking dat deze norm een zekere intrinsieke waarde vertegenwoordigt: het procesgedrag van partijen vindt niet uitsluitend zijn grens in de processuele belangen van de wederpartij(en) en het belang van de rechter bij een voortvarende behandeling, maar ook in de op partijen rustende verplichting op verantwoorde wijze te procederen. Dat betekent bijvoorbeeld dat van een partij best mag worden verlangd dat hij niet nodeloos wacht met het inbrengen van nieuwe gronden, zelfs als daardoor niet onmiddellijk de processuele belangen van andere partijen

worden geschaad of de voortgang van de procedure daarmee wordt gefrustreerd. In de jurisprudentie van de Afdeling zijn hiervoor ook wel aanknopingspunten te vinden. In het bijzonder in complexe zaken waarin verschillende aspecten van een besluit aan de orde zijn en waarbij vele, vaak diffuse belangen een rol spelen – te denken valt aan veel, grote Wabo-zaken en bestemmingsplanzaken – worden nieuwe gronden die zijn ingekomen na afloop van de (verlengde) termijn voor het indienen van een verweerschrift niet langer geaccepteerd. Ook dat lijkt voor een belangrijk deel terug te voeren op een notie die het best kan worden verwoord als de verplichting van betrokkene om op een verantwoorde wijze te procederen en de kaarten niet onnodig lang tegen de borst te houden.

De omstandigheid dat partijen primair zeggenschap hebben over de juridische en feitelijke grondslagen van het geding heeft gevolgen voor de positie van de bestuursrechter. Een belangrijk daarmee samenhangend uitgangspunt is dat de zeggenschap van de rechter over de grondslagen van het geding nimmer zo ver kan gaan dat hij als het ware 'meeprocedeert' en zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid in het gedrang komen. Een en ander mag echter niet tot de conclusie leiden dat rechterlijke lijdelijkheid tot een wezenskenmerk van het bestuursprocesrecht behoort of dient te behoren. Uit de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen volgt dat op de bestuursrechter de verplichting rust om zich actief met het proces bezig te houden om een ook voor partijen aanvaardbaar resultaat te bereiken door uitspraak te doen in een werkelijk en rechtens relevant geschil. Daarbij past dat de rechter door ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen partijen helpt de grenzen van het geschil dat hen werkelijk verdeeld houdt, te formuleren. Ook ten aanzien van de feiten geldt dat de rechter niet zonder meer genoegens hoeft te nemen met het feitenrelaas zoals dat door partijen aan hem is gepresenteerd. Uiteraard rust op de appellant de taak om de onjuistheid van de feitelijke grondslag van het besluit aannemelijk te maken door deze gemotiveerd te betwisten, zodanig dat dit leidt tot reële twijfel aan de juistheid van de feitelijke grondslag. Maar van de rechter mag wel worden verlangd dat hij partijen wijst op het de bewijsvoeringslast en het daarmee gepaard gaande bewijsrisico, door de partij die feiten stelt in de gelegenheid te stellen nadere informatie te verstrekken en/of door de feitelijke stellingen aan te vullen.

Het voorgaande brengt ons op een ander aspect in de taakverdeling tussen rechter en partijen: de inrichting van het proces. Hetgeen hiervoor is gezegd op het inhoudelijke vlak heeft gevolgen voor de verdeling van bevoegdheden op het procesorganisatorische vlak. Het concept van een gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen betekent dat een sterke en vroeg-

tijdige betrokkenheid van de zaaksrechter bij de zaak en impliceert ook een actieve communicatie tussen rechter en partijen over wat er van ieder van de betrokkenen wordt verlangd om de procedure efficiënt en effectief te laten verlopen. Uit het derde evaluatieonderzoek van de Algemene wet bestuursrecht komt het belang naar voren van een betere en vooral ook meer tijdige voorlichting aan partijen. Zo blijkt dat partijen nogal eens verrast zijn als hen op een laat moment pas blijkt welke eisen aan hen werden gesteld bij de verzameling en vaststelling van de relevante feiten.¹⁹ Bovendien, zo is de conclusie van de evaluatiecommissie, kan in veel gevallen meer aan de verwachtingen van partijen worden voldaan als de rechter zich zoveel mogelijk inspant om de kans op een definitieve beslechting van het geschil te vergroten.²⁰ Een meer informele handelwijze, waarbij al in een vroeg stadium wordt onderzocht hoe het geschil kan worden opgelost, is daarbij van groot belang. Een en ander betekent dat het concept van zittingsgericht werken in de bestuursrechtspraak in bepaalde categorieën van zaken wellicht zal moeten worden genuanceerd. Veel nadruk zal daarbij worden gelegd op een actievere rol van de rechter tijdens het vooronderzoek en een actievere rol tijdens het onderzoek ter zitting. Daarbij passen ook de ervaringen die zijn opgedaan in procedures bij de rechtbanken met de zogenaamde regiezittingen.²¹ Niet alleen de behoefte aan finale geschillenbeslechting, maar ook het belang van het bevorderen van de rechtsontwikkeling vergt een actieve opstelling van de rechter en een verdergaande differentiatie ten aanzien van de procesvoering. Het vroegtijdig selecteren van zaken maakt het mogelijk om in dialoog met partijen nadrukkelijker in te zetten op finale geschilbeslechting, maar ook op rechtsvorming door de hoogste bestuursrechters. Daar staat tegenover dat relatief eenvoudige zaken vaker dan thans het geval is zonder zitting zouden kunnen worden afgedaan. Daarbij zouden wij ons overigens kunnen voorstellen dat het toestemmingsvereiste in artikel 8:57 Awb om een zitting achterwege te laten, op enig moment wordt geschrapt. Aansluiting zou bijvoorbeeld kunnen worden gezocht bij het civiele procesrecht en een (nadere) zitting enkel nog houden op verzoek van partijen en na toestemming van de rechter.

¹⁹ Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, p. 64.

²⁰ Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, p. 64.

²¹ Zie in dit verband A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: Vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde 2010. Zie ook A.T. Marseille, 'Comparitie en regie als panacee voor het bestuursrechtelijke beroep?', *Trema* 2010, p. 92 e.v.

De gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen voor een effectieve, efficiënte en snelle beslechting van het geschil die ook vanuit juridisch-kwalitatief oogpunt bevredigend is, heeft gevolgen zowel op het inhoudelijke vlak als ook op het procesorganisatorische vlak. Wij realiseren ons echter tegelijkertijd dat de notie van een gezamenlijke verantwoordelijkheid niet op alle vraagstukken die de verdeling van taken en bevoegdheden tussen rechter en partijen betreft, een sluitend antwoord geeft; tegelijkertijd menen wij dat zij wél richting geeft aan het denken daarover. In die zin kan zij – naast noties zoals ongelijkheidscompensatie en partijautonomie – bij de verdere ontwikkeling van het bestuursprocesrecht van grote waarde zijn.

2.3.2 Besluitenprocesrecht: ontvlechting van rechtsgangen vereist

Zoals hiervoor is opgemerkt beschikt de bestuursrechter over een uitgebreid instrumentarium om geschillen finaal te beslechten.²² In de afgelopen periode zijn reeds bestaande instrumenten op ruimere schaal ingezet dan voorheen en heeft de bestuursrechter de beschikking gekregen over een nieuw instrument, de bestuurlijke lus. Het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht voorziet daarenboven in een – thans reeds in de Crisis- en herstelwet bestaande – ruimere mogelijkheid tot het passeren van gebreken (het voorgestelde artikel 6:22 Awb maakt ook het passeren van materiële gebreken mogelijk) en geeft de bestuursrechter de beschikking over het instrument van de judiciële lus. Daarnaast wordt er nagedacht over een wettelijke verankering van de regiezitting.²³

De gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen voor effectieve, finale geschillenbeslechting in het bestuursrecht vindt echter haar grens in de aan de huidige systematiek inherente dominantie van het besluitbegrip als toegangsvereiste voor en als object van beoordeling van de bestuursrechtelijke procedure. In deel I van dit onderzoek namen wij aan dat voor de versterking van het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak, een herbezinning op de centrale rol van het besluitbegrip in het bestuursprocesrecht wenselijk is. In deel II is deze aanname aan nader onderzoek onderworpen en in de paragrafen 2.4 en 3.3 zijn daaraan al de nodige conclusies verbonden.

In het huidige stelsel van bestuursrechtspraak geldt dat het besluitmodel de basis is van de rechtsbescherming tegen de overheid. Wij hebben gesteld dat het

²² Zie voor een recente beschrijving ervan J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011/1-2, p. 2-9.

²³ Zie de brief van 28 mei 2010 van de toenmalige minister van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2009/10, 29 279, nr. 111).

besluitmodel behouden moet blijven, maar constateren tegelijkertijd dat bestuurs-rechtspraak tegenwoordig meer biedt dan dat klassieke besluitenprocesrecht. Het besluitmodel is niet langer geschikt voor alle geschillen die door de bestuursrechter beslecht worden.

De overtuiging dat de burger effectieve rechtsbescherming moet worden geboden, heeft tot enkele aanvullingen van de Awb geleid die duidelijk maken dat bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet beperkt kan blijven tot geschillen over besluiten. Doorgaans is de aanpak van de wetgever op dat punt consistent in die zin dat beslissingen en (feitelijke) handelingen waartegen rechtsbescherming wenselijk wordt geacht, worden aangemerkt als een besluit of daaraan worden gelijkgesteld, zodat daartegen volgens het Awb-procesrecht rechtsbescherming kan worden ingeroepen. Onder meer met de invoering van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig handelen, lijkt daarin verandering te zijn gekomen. Weliswaar is ook daar uitgangspunt dat niet tijdig handelen wordt gelijkgesteld met een besluit, maar interessant is met name dat de wetgever zich lijkt te realiseren dat het besluitmodel daar te kort schiet. In de kern betreft het beroep tegen niet tijdig besluiten een regeling waarin kort en goed de burger de rechter verzoekt om – indien komt vast te staan dat inderdaad niet tijdig is beslist – het bestuursorgaan op straffe van een dwangsom te gelasten alsnog een besluit te nemen. Hoewel de regeling functioneert, wordt op een geforceerde manier aansluiting gevonden bij het keurslijf van het besluitmodel. Ook de vormgeving van de procedure tegen een besluit waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd, lijkt uitdrukking van de gedachte dat het besluitgeoriënteerde karakter van het bestuursprocesrecht onvoldoende recht doet aan de aard van het geschil. Met de invoering van de verplichting voor de bestuursrechter om in een dergelijk geschil het besluit te onderwerpen aan een, voor het bestuursprocesrecht ongebruikelijke, ex nunc toets aan het recht en bovendien om in alle gevallen – indien het besluit de toets niet kan doorstaan – zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72a Awb), verwordt de procesregeling op basis van het klassieke besluitmodel tot een procedure waarin verzekerd is dat de bestuursrechter de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur bindend vaststelt. De vernietiging van het besluit kan in een dergelijke procedure in voorkomend geval worden gezien als een soort obligate tussenstap.

Dat het besluitmodel sommige geschillen nodeloos ingewikkeld maakt en daarom te kort schiet, is in het verleden ook opgemerkt bij bepaalde strategische besluiten, zoals het zuivere schadebesluit en andere besluiten over schuldvorde-ringen. Ook in dit soort geschillen moet de rechtsbetrekking worden vastgesteld door de bestuursrechter. Het besluitgeoriënteerde procesrecht wordt weliswaar in dat soort geschillen door de bestuursrechter in zekere mate getransformeerd

tot een procesregeling die een – aan de civiele procedure te spiegelen – kader biedt voor de effectieve beslechting van een rechtsstrijd ex nunc tussen twee gelijkwaardige partijen met betrekking tot de tussen die partijen bestaande rechtsbetrekking,²⁴ maar daaraan zijn grenzen en er bestaat geen garantie voor de transformatie. Kortom, het besluitmodel voldoet niet aan het ideaal van effectieve geschillenbeslechting in dergelijke geschillen. Het verbaast derhalve niet dat de regering een wetsvoorstel heeft ingediend waarin voor een – naar ons oordeel te – beperkte categorie van geschillen het besluitmodel geheel wordt verlaten en de burger de mogelijkheid krijgt direct de bestuursrechter te benaderen met een verzoek het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de door hem geleden schade. Indien dat wetsvoorstel wordt aangenomen, ontstaat een bestuursrechtelijke verzoekschriftprocedure. Daarop zijn in beginsel de bepalingen van het Awb-procesrecht van toepassing. Dat is opmerkelijk als wordt bedacht dat de regering aangeeft dat de bestuursrechter – kort gesteld – het geschil moet beslechten zoals de civiele rechter dat zou doen. Wat daar ook van zij, wij menen dat het creëren van een verzoekschriftprocedure een belangrijke stap kan zijn ter verbetering van het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak voor specifieke categorieën geschillen. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan geschillen over het vergoeden van schade, over het niet tijdig handelen, maar ook aan andere geschillen in het financiële bestuursrecht.

Een vergelijkbare categorie geschillen wordt gevormd door die over bestuurlijke rechtsoordelen. Uitgangspunt in de huidige jurisprudentie is dat dergelijke beslissingen – behoudens in bijzondere omstandigheden – niet appellabel zijn. Er is immers geen rechtsgevolg. Biedt de bestuursrechter in een uitzonderlijk geval rechtsbescherming, dan dienen dergelijke geschillen strikt genomen te leiden tot een declaratoire uitspraak waarmee voor partijen zekerheid ontstaat over hun rechtspositie. De wetgever heeft er in 1994, na bestudering van de op dat moment geldende jurisprudentie over het bestuurlijke rechtsoordeel, bewust voor gekozen geen rechterlijk declaratoir toe te staan. 'Ampele overweging van deze rechtspraak heeft ons tot de conclusie geleid, dat van het mogelijk maken van een rechterlijk declaratoir in deze fase van de herziening van de rechterlijke organisatie dient te worden afgezien.'²⁵ De wetgever achtte het openen van de mogelijkheid een declaratoir te vragen, in strijd met de karakteristieken van het voorgestelde besluitenprocesrecht.

Wij menen dat de rechtsontwikkeling heeft laten zien dat behoefte bestaat aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen een bestuurlijk rechtsoordeel en dat

²⁴ Vergelijk de doelstelling van het civiele procesrecht zoals die is verwoord in *PG Awb II*, p. 176.

²⁵ *PG Awb II*, p. 472.

er naar gestreefd moet worden om die behoefte – net als is gebeurd in paragraaf 43 van de Duitse Verwaltungsgerichtsordnung ('Feststellungsklage') – te erkennen in de Awb. Gedacht moet in elk geval worden aan het in bijzondere situaties loslaten van de connexiteitseis (art. 8:81 Awb), zodat een voorlopig oordeel kan worden gevraagd voorafgaand aan het nemen van een appellabel besluit. Wij denken echter tevens aan de mogelijkheid voor de burger om een declaratoire uitspraak te krijgen, nadat het bestuur een standpunt heeft ingenomen. Niet alleen wordt daarmee tegemoet gekomen aan een in de praktijk levende behoefte, maar tevens is duidelijk dat het besluitmodel voor deze categorie geschillen niet passend is. Een verzoekschriftprocedure zou ook hier uitkomst kunnen bieden.²⁶

Met het bestuurlijk rechtsoordeel raken wij aan de grenzen van de rechtsmacht van de bestuursrechter. Voor de meeste beslissingen en (feitelijke) handelingen ter voorbereiding van een appellabel besluit geldt dat de bestuursrechter bevoegd is daarover een oordeel te vellen in de procedure tegen het besluit. De beslissingen en handelingen worden derhalve, net als het besluit zelf, gedekt door de formele rechtskracht. Gelet op artikel 6:3 Awb en de jurisprudentie van de civiele rechter ter zake van dit soort handelingen, is de bestuursrechter niet bevoegd om daarover een zelfstandig oordeel te geven, zelfs geen voorlopig oordeel, *voorafgaand* aan het nemen van het besluit. In het licht van de wens geschillen effectief te beslechten, is het naar ons oordeel noodzakelijk dat de bestuursrechter door de burger benaderd kan worden om het bestuursorgaan – op straffe van een dwangsom – te dwingen een bepaalde (feitelijke) handeling te verrichten of na te laten. Nagedacht moet worden over de vraag of voor dit soort geschillen louter en alleen het vragen van een voorlopige voorziening mogelijk moet worden en de in artikel 8:81 Awb neergelegde voorwaarde van connexiteit met een aanhangige procedure vanwege zwaarwegende belangen moet worden losgelaten, of dat daadwerkelijk behoefte bestaat aan een bijzondere rechtsgang, zoals een verzoekschriftprocedure, om de bestuursrechter die bevoegdheid te bieden.

Is uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter gewenst? Het wekt verwondering dat het Nederlandse recht kiest voor bijzondere bestuursrechtspraak, maar dat de rechtsmacht vervolgens wordt beperkt tot een uiterst kleine categorie geschillen tussen burger en overheid: appellabele besluiten. Wij constateren dat het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak vergroot zou kunnen worden indien de rechtsmacht van de bestuursrechter alle geschillen

²⁶ Zie ook VAR Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: BJu 2004, p. 131

zou betreffen die voortkomen uit een bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Naar dat ideaalbeeld moet worden gestreefd door een gecontroleerde verruiming van de rechtsmacht van de bestuursrechter. Wij menen dat die verruiming van de rechtsmacht moet aanvangen met beslissingen en/of (feitelijke) handelingen ter voorbereiding of uitvoering van de appellabele besluiten, waarover de bestuursrechter nu al rechtsmacht heeft. Met name is relevant dat de bestuursrechter moet worden uitgerust met de bevoegdheid om het bestuursorgaan – op straffe van een dwangsom – te verplichten om feitelijke handelingen te verrichten of na te laten. Nog verder strekt het voorstel van onder meer Koeman om de bestuursrechter bevoegd te maken *een ieder*, inclusief derden zoals de vergunninghouder, te dwingen zich te houden aan (de implicaties en consequenties van) zijn uitspraak. Dat betekent een belangrijke systeemwijziging, die enkel gerechtvaardigd kan worden met een beroep op de noodzaak van effectieve geschillenbeslechting.

In deze paragraaf hebben wij verdedigd dat het besluitenprocesrecht niet voor alle geschillen die op dit moment aan de bestuursrechter worden voorgelegd, voldoet aan de eisen die aan de bestuursrechtspraak mogen worden gesteld. Met name vanuit een oogpunt van effectieve geschillenbeslechting is het wenselijk dat de aard van het geschil mede doorslaggevend is voor de te volgen bestuursrechtelijke rechtsgang en de daaraan gekoppelde uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter. Duidelijk is dat voor bepaalde geschillen behoefte bestaat aan een verzoekschriftprocedure. Wij hebben daarenboven geconstateerd dat het verbeteren van het geschillenbeslechtende vermogen van de bestuursrechtspraak gediend is met een gecontroleerde uitbreiding van de rechtsmacht van de bestuursrechter, met name waar het gaat om feitelijke handelingen die in nauw verband staan met de voorbereiding en uitvoering van appellabele besluiten. Wordt dat idee werkelijkheid, dan is onvermijdelijk de conclusie dat het besluitmodel niet steeds in een passende rechtsgang kan voorzien. Naar onze opvatting leidt het dogma van effectieve geschillenbeslechting noodzakelijkerwijs tot het ontvlechten van bestuursrechtelijke rechtsgangen door de wetgever.

3 Geschillenbeslechting en het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden

3.1 Inleiding

De in deel I geschetste recente ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht lijken uitdrukking te geven aan een veranderend perspectief op de rol van de burger. Verschillende ontwikkelingen lijken in onderlinge verhouding gezien te duiden op een streven naar een verdergaande subjectivering van het bestuursprocesrecht. Dat wil zeggen naar een procesmodel waarbij de bestuursrechtspraak primair is betrokken op de rechtspositie, in de zin van de rechtens beschermde belangen van de eisende partij.²⁷ De introductie van het relativiteitsvereiste en de beoogde verruiming van de mogelijkheid om gebreken met toepassing van artikel 6:22 Awb te passeren zijn uitingen van deze ontwikkeling. Objectieve rechtmatigheidscontrole, los van concrete belangen, is daarom niet langer vanzelfsprekend. Deze ontwikkelingen geven aldus ook uitdrukking aan een veranderd burgerperspectief. De burger wordt gezien als een autonoom rechtssubject dat uitsluitend procedeert voor zijn eigen belangen en wordt niet langer geacht ook een functie te hebben bij de objectieve rechtmatigheidscontrole op het bestuur. Voor de eisende burger betekent dit dat hij door de juridische fout van het bestuur in zijn belangen moet zijn geraakt. En voor de bestuursrechter betekent het dat hij vaker van vernietiging zal moeten afzien, ook al is er een juridische fout gemaakt. Op dit punt doet zich een zekere spanning voor met de in deel I gedane constatering dat de legitimiteit van het bestuursoptreden in toenemende mate onder druk is komen te staan.

Met de ontwikkeling in de richting van een op geschillenbeslechting gericht procesmodel in samenhang met de daarbinnen plaatsvindende subjectiverings-tendensen wordt immers in toenemende mate afstand genomen van de gedachte dat de bestuursrechter een rol heeft waar het gaat om het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden. Dat wil niet zeggen dat geschillenbeslechting en het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden niet tot op zekere hoogte hand in hand kunnen gaan. Iedere vorm van geschillenbeslechting impliceert in zekere zin ook een vorm van controle op de legitimiteit van het bestuursoptreden. Maar in ons stelsel van procesrecht wordt de rechtzoekende

²⁷ Zie hierover ook B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 7-9.

burger geacht zijn beroep niet in te stellen met (uitsluitend) het doel het algemeen belang van rechtmatig overheidsoptreden te garanderen. Daarvoor is de burger ook geen geschikt instrument. Hij wordt veeleer gezien als een autonoom rechts-subject dat in rechte opkomt voor zijn eigen belangen. Dat betekent echter dat er toch een zekere mate van spanning bestaat tussen de doelstelling van geschillenbeslechting enerzijds en de controle op de legitimiteit van het overheidsoptreden anderzijds.

Hoe kunnen we nu in een stelsel van procesrecht waarin objectieve rechtmatigheidscontrole, los van de concreet geschonden rechtspositie van de rechtzoekende niet langer vanzelfsprekend is, toch zekere garanties inbouwen die de rechter voldoende in staat stellen die controletaak te vervullen? De mate waarin en de wijze waarop de controle-optiek binnen het primair op geschillenbeslechting gerichte procesmodel kan worden ingebed is, zoals we in deel I hebben opgemerkt, voor een belangrijk deel afhankelijk van wat we met die controle precies voor ogen hebben. Die controlefunctie heeft wat ons betreft niet tot doel de rechtmatigheid van het openbaar bestuur in Nederland in volle omvang te garanderen. Daarvoor is de rechtspraak geen geschikt instrument, maar bovendien is het door de toegenomen complexiteit van het recht ook steeds lastiger om gegarandeerd rechtmatig te besluiten. Dat brengt een zekere mate van rechts-onzekerheid met zich die we als samenleving misschien maar op de koop toe moeten nemen. Waar de functie van de rechter als tegenwicht tegen het openbaar bestuur echter vooral in beeld komt is waar het gaat om de bescherming van fundamentele mensenrechten, constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen.

Met het oog op de bescherming van die rechten, beginselen en uitgangspunten stellen wij voor om de mogelijkheden te onderzoeken om de 'bestuursrechtelijke advocaat-generaal', die in het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht wordt geïntroduceerd, de bevoegdheid te geven een rechtsmiddel in het belang van het recht in te stellen (zie paragraaf 3.2). Juist een op het cassatie in het belang der wet gelijkend instrument biedt een goede gelegenheid om – zonder dat dit verandering behoeft te brengen in de positie van partijen in het concrete geval – enig tegenwicht te bieden aan het veronderstelde verlies aan democratisch-rechtsstatelijke kennis op het niveau van het bestuur. Tegelijkertijd blijft het beroepsrecht voor belangenorganisaties een belangrijk instrument met het oog op de bescherming van met name stemloze belangen (zie paragraaf 3.3). Dat neemt niet weg dat er een behoefte lijkt te bestaan om het 'kaf van het koren te scheiden', om aldus de organisaties met enige massa en een grote mate van deskundigheid een meer

geprononceerde rol te geven. Met het oog daarop werpen wij de vraag op of het zinvol is om een op het Duitse bestuursrecht geïnspireerd systeem te overwegen, waarbij alleen gecertificeerde belangenorganisaties beroepsrecht hebben. Ten slotte zou naar onze mening los van concrete procedures voor de bestuursrechter de gedachte aan een periodiek toezicht op het functioneren van het openbaar bestuur door een bijzondere commissie nadere doordiening verdienen (zie paragraaf 3.4). Tezamen kunnen deze instrumenten in belangrijke mate bijdragen aan het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden en daarmee aan het in stand houden van het evenwicht in onze democratische rechtsstaat.

3.2 De advocaat-generaal en het (hoger) beroep in het belang van het recht

Met het in het wetsvoorstel Aanpassing bestuursprocesrecht voorgestelde artikel 8:12a Awb wordt in het bestuursprocesrecht voor procedures bij de hoogste bestuursrechtelijke colleges – met uitzondering van de belastingkamer van de Hoge Raad die reeds lange tijd beschikt over het instrument van de conclusies door een advocaat-generaal behorend tot het parket bij de Hoge Raad – de mogelijkheid van het nemen van een conclusie geïntroduceerd. Een conclusie is een onafhankelijk, openbaar en met redenen omkleed advies aan de rechter over een in de zaak te nemen beslissing. Deze vorm van advisering vormt ook een onderdeel van de procedure bij het Hof van Justitie van de Europese Unie en bij een aantal buitenlandse hoogste bestuursrechters (zoals de Franse Conseil d'Etat). Zoals in de memorie van toelichting bij het voorgestelde artikel 8:12a Awb wordt opgemerkt dragen deze conclusies bij aan de kwaliteit van de rechtspraak in het algemeen en aan de rechtsvorming door de rechter in het bijzonder.²⁸ In hoofdstuk 4 gaan wij in het bijzonder op dit laatste aspect nader in. Op deze plaats gaat het er ons vooral om te bezien in hoeverre deze zogenaamde parket-functie ook zou kunnen bijdragen aan de controle op de legitimiteit van het bestuursoptreden.

Zoals we in deel I hebben opgemerkt komt de functie van de rechter als tegenwicht tegen het openbaar bestuur vooral in beeld waar het gaat om de bescherming van fundamentele mensenrechten, constitutionele uitgangspunten en algemene rechtsbeginselen. Deze normen zijn van wezenlijk belang voor het functioneren van onze democratische rechtsstaat, maar worden lang niet altijd meer als een vanzelfsprekendheid beschouwd. Dat heeft te maken met

²⁸ *Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 17.*

verschillende ontwikkelingen, niet in de laatste plaats met de toename van het politiek populisme en de mede daardoor toegenomen polarisatie. De rechtspraak heeft hier een functie te vervullen als tegenmacht van het bestuur, maar kan dat alleen als de schending van dergelijke normen door betrokken belanghebbenden als beroepsgrond in de procedure naar voren wordt gebracht. Wij menen dat nagedacht zou moeten worden over de vraag of de rechter ook los van de door partijen aangevoerde beroepsgronden de mogelijkheid zou moeten hebben om zich over de eventuele schending van dergelijke normen uit te laten. Wij zouden daarbij echter niet zo ver willen gaan dat de rechter op de naleving ervan ambtshalve zou moeten toezien. Is een andere mogelijkheid denkbaar?

Ingevolge het in de Wet aanpassing bestuursprocesrecht voorgestelde artikel 8:12a Awb kunnen de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, de president van de Centrale Raad van Beroep en de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in zaken die in hun college in behandeling zijn bij een meer-voudige of grote kamer, een lid van het desbetreffende college verzoeken een conclusie te nemen. De formulering 'op verzoek van' en 'in zaken die in hun college in behandeling zijn' maakt duidelijk dat een conclusie slechts mogelijk is binnen een door belanghebbenden ingesteld beroep of hoger beroep en in beginsel binnen de grenzen van het geschil zoals dat aan de rechter is voorgelegd. Een mogelijkheid, vergelijkbaar met het instituut van de cassatie in het belang der wet, ontbreekt derhalve vooralsnog. Wij menen echter dat er mede met het oog op de controlefunctie veel voor te zeggen is de 'advocaat-generaal' een ruimere bevoegdheid te geven, dat wil zeggen een bevoegdheid om zelfstandig hoger beroep in het belang van het recht in te stellen. Daarvoor is uiteraard een wettelijke grondslag vereist zoals de procureur-generaal bij de Hoge Raad die – de bevoegdheid tot het instellen van cassatie in het belang der wet – is toegekend in artikel 78, eerste lid, Wet op de rechterlijke organisatie. Als we kijken hoe het instituut van de cassatie in het belang der wet is gepositioneerd dan merkt de Hoge Raad daarover zelf op:

'Het belang van de cassatierechtspraak is niet alleen te vinden in de controle op de juiste toepassing van het recht in de gegeven zaak, maar ook in de vorming van nieuw recht. Wordt in een bepaalde zaak gaan cassatieberoep ingesteld dan kan de Hoge Raad niet zelf oordelen over in die zaak door een lagere rechter beoordeelde rechtsvragen. Wanneer in zo'n geval het algemeen belang beantwoording van een rechtsvraag door de Hoge Raad wenselijk maakt, biedt de wet aan de procureur-generaal de mogelijkheid bij de Hoge Raad een cassatieberoep in het belang der wet in te stellen.'

Ook voor de procedure bij de hoogste bestuursrechtters zouden wij voorstander zijn van een vergelijkbare mogelijkheid voor de 'advocaat-generaal' om beroep of hoger beroep in het belang van het recht in te stellen. Een dergelijk instrument kan een waardevolle bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling, maar het kan ook een functie vervullen waar het gaat om de controle op de juiste toepassing van het recht.

Het aanwenden van de mogelijkheid tot het instellen van (hoger) beroep in het belang van het recht zou niet uitsluitend dienen af te hangen van de persoonlijke belangstelling van de 'advocaat-generaal', maar zou onderdeel moeten vormen van door het 'parket' te voeren beleid. Als er aanleiding is tot zorg over de naleving van bepaalde constitutionele normen of fundamentele rechtsbeginselen dan dient het instrument van het (hoger) beroep in het belang van het recht primair met het oog daarop te worden ingezet. Naar onze mening zou de 'advocaat-generaal' daartoe de mogelijkheid dienen te krijgen om in een geval waarin geen (hoger) beroep wordt ingesteld toch een rechtsingang te hebben. Maar ook kunnen wij ons voorstellen dat de 'advocaat-generaal' in gevallen waarin door belanghebbenden wel beroep of hoger beroep op de hoogste bestuursrechter is ingesteld, de mogelijkheid krijgt om in het door belanghebbende(n) ingesteld beroep of hoger beroep zelfstandig – ook buiten de grenzen van het geschil zoals dat door appellant(en) aan de rechter is voorgelegd, gelegen – rechtsvragen aan de orde te stellen. In alle gevallen zouden wij willen voorstellen dat wanneer dit (hoger) beroep slaagt, zulks niet tot een verandering in de positie van partijen, dat wil zeggen: tot een gegrondverklaring en vernietiging, behoeft te leiden. De van een gegrond (hoger) beroep in het belang van het recht uitgaande waarschuwing aan het bestuur moet op zichzelf reeds voldoende zijn.

Nu moet wel worden gewezen op een niet onbelangrijk verschil tussen de betekenis van cassatie in het belang der wet in met name civiele zaken voor de Hoge Raad en een te overwegen instrument van (hoger) beroep in het belang van het recht in procedures voor bijvoorbeeld de Afdeling bestuursrechtspraak. Het zaaksaanbod is bij de Afdeling bestuursrechtspraak vele malen groter dan bij bijvoorbeeld de civiele kamer van de Hoge Raad. Het probleem waarmee de Hoge Raad worstelt, namelijk dat veel interessante zaken dat college niet bereiken, doet zich bij de hoogste bestuursrechtelijke colleges in veel mindere mate voor. In die zin verwachten wij ook niet dat het instrument van het (hoger) beroep in het belang van het recht in een substantieel aantal gevallen zal worden toegepast. Dat neemt echter niet weg dat er – juist ook met het oog op de controle op de legitimiteit van het overheidsoptreden – behoefte kan bestaan aan een

instrument dat het los van het procesgedrag van partijen mogelijk maakt voor bepaalde aspecten aandacht te vragen. Wij zouden ons kunnen voorstellen dat er daartoe een commissie – vergelijkbaar met de door de commissie-Hammerstein voorgestelde adviescommissie – wordt geformeerd die kan bijdragen aan het bevorderen van de informatiepositie van de 'advocaat-generaal'. Daarin zouden bijvoorbeeld vertegenwoordigers uit de advocatuur, de VNG en het IPO, belangenorganisaties en de wetenschap kunnen samenwerken met als doel de 'advocaat-generaal' voor te lichten over type zaken waarin zich op meer dan incidentele basis een zekere spanning voordoet met bepaalde constitutionele normen of fundamentele rechtsbeginselen en waarin een (hoger) beroep in het belang van het recht aangewezen lijkt. Over de wijze waarop de bevoegdheden van de 'bestuursrechtelijke advocaat-generaal' organisatorisch moeten worden ingebed, komen wij hierna in paragraaf 4.2.4 nog te spreken.

3.3 Beroepsrecht alleen voor gecertificeerde belangenorganisaties

Belangenorganisaties spelen in ons systeem een belangrijke rol bij het bewaken van de legitimiteit van het bestuursoptreden. Zo heeft Nieuwenhuis er op gewezen, dat het gelet op rechtsstatelijke uitgangspunten zoals het behoud van evenwicht van machten in het politieke systeem, zeer belangrijk is dat er maatschappelijke organisaties zijn die door middel van een beroep op de rechter een tegenwicht kunnen bieden aan het bestuur.²⁹ Tot een oordeel over de rechtmatigheid van het overheidsoptreden is bij uitsluiting de onafhankelijke rechterlijke macht bevoegd. 'Niet omdat bij de politieke controleorganen onvoldoende besef van wet en recht voorhanden zou zijn', aldus Nieuwenhuis,³⁰ 'maar omdat bij een parlementaire beoordeling van de ministeriële verantwoordelijkheid – om ons daartoe te beperken – factoren een rol spelen die onverenigbaar zijn met een rechtsoordeel: behoud van de coalitie bijvoorbeeld'. Deze visie op maatschappelijke verbanden als een, in het stelsel van 'checks and balances' belangrijke 'countervailing power' vormt inderdaad een belangrijk argument voor een zelfstandig actierecht voor belangenorganisaties. Daar komt bij dat de mogelijkheid van beroep op de rechter voor ideële belangenorganisaties voorkomt dat bepaalde belangen anders al te zeer zouden ondersneeuwen. Zo kunnen belangenorganisaties in hoge mate bijdragen aan een krachtige bescherming van zogenaamde 'stemloze' belangen, zoals bijvoorbeeld het belang van bescherming van 'ecologische waarden' van een bepaald natuurgebied.

²⁹ J.H. Nieuwenhuis, 'Op gespannen voet: een evenwichtstheorie over betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht', *NJB* 1998, p. 9-17.

³⁰ J.H. Nieuwenhuis, 'Op gespannen voet: een evenwichtstheorie over betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht', *NJB* 1998, p. 15.

Deze gedachte vindt ook steun in het Europese recht. Zo heeft het HvJEU onlangs een in dit verband belangwekkend arrest gewezen op enkele prejudiciële vragen van het Duitse Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen.³¹ Aan de orde was onder meer de vraag of het recht van de Europese Unie met zich brengt dat niet-gouvernementele organisaties die een beroep wensen in te stellen bij een rechterlijke instantie van een lidstaat waarvan het bestuursprocesrecht het aanvoeren van een inbreuk op een recht als voorwaarde stelt, de schending van alle voor de goedkeuring van het project beslissende milieubepalingen kunnen aanvoeren, dus ook de bepalingen die uitsluitend zijn bedoeld om de belangen van het algemene publiek te dienen en niet ten minste gedeeltelijk bestemd zijn om de belangen van individuele personen te beschermen? Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend en overweegt daartoe:

‘Inderdaad, waar deze organisaties blijkens deze bepaling op dezelfde rechten als individuele personen een beroep moeten kunnen doen, zou het in strijd zijn, enerzijds, met de doelstelling om het publiek een ruime toegang tot de rechter te verlenen, en, anderzijds, met het doeltreffendheidsbeginsel, indien deze organisaties de inbreuk op voorschriften van het milieurecht van de Unie niet konden aanvoeren om de enkele reden dat deze voorschriften collectieve belangen beschermen. Het geschil dat in het hoofdgeding aan de orde is toont namelijk aan dat de milieuorganisaties hierdoor in ruime mate de mogelijkheid zou worden ontnomen te doen toezien op de nakoming van de voorschriften van het milieurecht van de Unie, welke voorschriften meestal zijn gericht op het algemeen belang en niet uitsluitend op de bescherming van de individuele belangen van particulieren.’

Met deze overweging laat het Hof zien dat de subjectivering van het procesrecht zekere grenzen kent en dat belangenorganisaties een belangrijke functie wordt toegekend waar het gaat om de handhaving van regels van objectief recht die zijn gericht op de bescherming van stemloze belangen en niet of althans niet primair op de bescherming van individuele belangen van particulieren.

In de meest vergaande vorm leidt de in deel I gesignaleerde tendens tot subjectivering van het bestuursprocesrecht tot een opvatting waarin geen ruimte meer bestaat voor een beroepsrecht voor entiteiten die niet uitsluitend voor hun eigen, door het recht beschermende belangen opkomen. Wij menen echter dat ook bij verdere subjectivering, of wellicht beter: *juist* bij een verdere subjectivering

³¹ HvJEU 12 mei 2011, zaak C-115/09 (Trianel).

behoefte bestaat aan een enig tegenwicht, zeker als het om besluiten gaat waarbij wel kwetsbare belangen zijn betrokken, maar er geen natuurlijke personen zijn waarvan de belangen bij dat besluit rechtstreeks zijn betrokken. Ook in het politiek-maatschappelijke debat staat het beroepsrecht voor belangenorganisaties recentelijk onder druk. Zo bepleitten de toenmalig vertegenwoordigers van de werkgevers Wientjes & Hermans in een ingezonden brief aan *De Volkskrant* met klem een beperking van het beroepsrecht van met name belangenorganisaties: 'Wie versnelling wil, ontkomt daarom niet aan een beperking van het beroepsrecht tot echte belanghebbenden.' In deel I hebben wij aangegeven dat het nog maar de vraag is of een beperking van het beroepsrecht ook werkelijk tot een versnelling leidt, maar los daarvan is het een bedenkelijk signaal. Als een milieu-organisatie met een gegrond beroep opkomt tegen een besluit tot verbreding van een snelweg, dan is dat uit een oogpunt van versnelling van grote infrastructurele projecten inderdaad een tegenvaller. Maar het probleem ligt niet bij de milieu-organisatie die de vinger op de zere plek legt; het werkelijke probleem ligt in de kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming die blijkbaar niet voldoende was. In dat opzicht kunnen wij volledig instemmen met Van Ettekoven waar hij opmerkt dat er tal van natuurbeschermings- en milieugroeperingen zijn die als serieuze behartiger van algemene natuur- en milieubelangen zijn aan te merken, en die – al dan niet als luis in de pels van het openbaar bestuur – hebben bijgedragen tot kwalitatief betere besluitvorming, ook door het instellen van beroep bij de rechter.³² Het werk van die groeperingen, zo merkt hij op, heeft een functie in onze rechtsstaat en dat moet mogelijk blijven, al was het maar omdat het Verdrag van Arhus (en de implementatie daarvan in het EU-recht, zoals hiervoor aangegeven) juist ook dergelijke organisaties toegang tot de rechter wil bieden.

Tegelijkertijd is het niet noodzakelijk en bovendien ook niet wenselijk dat ieder organisatieverband zonder meer toegang heeft tot de rechter. Artikel 1:2, derde lid, Awb stelt in dat verband bepaalde eisen. In de jurisprudentie is de uitleg van die eisen door de Afdeling in haar uitspraken van 1 oktober 2008 enigszins aangescherpt.³³ Die jurisprudentie kent welbeschouwd drie elementen. In de eerste plaats worden organisaties buiten de deur gehouden die een te vage of te ruime doelstelling hebben. Dit is terug te voeren op een interpretatie van de

³² B.J. Van Ettekoven, 'Bestuursrechtspraak voor Jan & Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 95.

³³ ABRvS 1 oktober 2008, *LJ/N* BF3911; ABRvS 1 oktober 2008, *LJ/N* BF3912; ABRvS 1 oktober 2008, *LJ/N* BF3913.

tekst van artikel 1:2, derde lid, Awb die zegt dat de belangen waarvoor in rechte wordt opgekomen 'in het bijzonder' moeten worden behartigd. In de tweede plaats worden organisaties die (louter) als doel hebben het procederen tegen overheidsbesluiten (procedeerclubs) geweerd. Dat laatste is terug te voeren op een interpretatie van het begrip 'feitelijke werkzaamheden' in artikel 1:2, derde lid, Awb die er op neerkomt dat het pure procederen (en wat ten dienste daarvan wordt verricht) er niet onder valt. Zoals Schueler opmerkt: 'Als feitelijke werkzaamheden een voorwaarde zijn om in beroep te kunnen gaan, kan in beroep gaan geen feitelijke werkzaamheid zijn'.³⁴ Het derde element in deze jurisprudentie lijn houdt in dat in de gevallen waarin de rechtspersoon door het optreden in recht een bundeling van rechtstreeks bij het besluit op bezwaar betrokken individuele belangen tot stand brengt, de in artikel 1:2, derde lid, van de Awb genoemde feitelijke werkzaamheden in de aldus tot stand gebrachte bundeling van individuele belangen besloten worden geacht.³⁵ De Afdeling kiest een dergelijke benadering ten aanzien van de bundeling van belangen, omdat daarmee een effectieve rechtsbescherming gediend kan zijn, in vergelijking met het afzonderlijke optreden van een groot aantal individuele natuurlijke personen die door het bestreden besluit rechtstreeks in hun belangen worden getroffen. Wij onderschrijven dat deze bundelingsacties een groot voordeel hebben vanuit proceseconomisch perspectief en zouden ten aanzien daarvan geen wijzigingen voorstellen. Dat ligt echter anders ten aanzien van belangenorganisaties die louter opkomen voor ideële belangen.

De vraag kan worden gesteld of de bepaling van artikel 1:2, derde lid, Awb de rechter voldoende armslag biedt om ten aanzien van de ideële belangenacties 'het kaf van het koren te scheiden'. Wij zouden uitsluitend toegang tot de rechter willen bieden aan organisaties die in de eerste plaats voldoende massa hebben, dat wil zeggen waarachter niet één of enkele personen schuil gaan doch die in hoge mate representatief zijn om voor een algemeen belang op te komen. De mogelijkheid om die eis te stellen, biedt artikel 1:2, derde lid, Awb niet. Daarnaast zou het, met het oog op de hiervoor beschreven functie die belangenorganisaties in onze rechtsstaat vervullen, wenselijk zijn om bepaalde eisen te kunnen stellen aan de deskundigheid. Bijvoorbeeld door niet alleen te verlangen dát de organisatie feitelijke werkzaamheden heeft verricht, maar ook door die werkzaamheden in zekere zin te beoordelen in het licht van de vraag of

³⁴ B.J. Schueler, 'Tussen te veel en te weinig. Subjectivering en finaliteit in de bestuursrechtspraak', in:

B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 10.

³⁵ Zie ABR 24 juni 2009, *JB* 2009/178, *AB* 2009/336 m.nt. Marseille.

zij voldoende specialistische kennis in zich verenigt om als beroepsgerechtigde algemeen-belangbehartiger te worden erkend. Ook een dergelijk vereiste dwingt ons voorbij de bepaling van artikel 1:2, derde lid, Awb te kijken en de vraag op te werpen of het beroepsrecht voor belangenorganisaties anders kan worden geregeld.

Met Van Ettekoven zijn wij van mening dat hiertoe inspiratie kan worden geput uit het Duitse recht.³⁶ In het Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz wordt de toegang tot de rechter geregeld voor (binnen- en buitenlandse) verenigingen, die als zodanig zijn erkend door het Umweltbundesamt, het ministerie voor milieuzaken. Denkbaar is dat we ook in Nederland het beroepsrecht voor belangenorganisaties koppelen aan het in bezit hebben van een met oog daarop vertrekt certificaat. Dat zou niet alleen voor de milieu- en natuurbeschermingsorganisaties kunnen gelden, maar voor alle entiteiten die een ideëel belang wensen te behartigen. Naar Duits recht worden aan de natuurbeschermings- en milieuverenigingen hoge eisen gesteld. Zo moeten zij om voor een proceserkenning in aanmerking te komen, op het tijdstip van erkenning reeds drie jaren hebben bestaan en zal zij gedurende die periode aantoonbaar actief moeten zijn geweest op hoofdzakelijk het gebied van de milieubescherming. Verder moet de vereniging garant staan voor een goede uitvoering van de feitelijke werkzaamheden conform de doelstelling. Dit wordt beoordeeld aan de hand van de feitelijke werkzaamheden, het ledenbestand en de bestuurskracht. Wellicht zou de toegang tot de rechter in het Nederlandse recht in zo'n geval beperkt moeten worden tot verenigingen, waaraan dan ook in het kader van de representativiteit de eis kan worden gesteld dat het voor elke persoon, die de doelstelling van de vereniging ondersteunt, mogelijk moet zijn om lid te worden en binnen de vereniging vol stemrecht uit te oefenen. Van belang is ook dat in de proceserkenning naar Duits recht de statutaire doelstelling wordt opgenomen en de belangen worden genoemd waarvoor de vereniging in recht kan opkomen. In Duitsland heeft dit ertoe geleid dat een beperkt aantal landelijk opererende organisaties beroepsrecht hebben. Van Ettekoven noemt als voorbeeld de Naturschutzbund Deutschland; een vereniging met 460.000 leden en donateurs, met meer dan 1500 lokale werkgroepen, die zich inzetten voor natuurbescherming.

³⁶ B.J. van Ettekoven, 'Bestuursrechtspraak voor Jan & Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 95-96.

Naar onze mening verdient een dergelijke regeling in het geval van een verdergaande subjectivering van het bestuursprocesrecht een nadere doordenking. Zij heeft het voordeel dat zij het grote belang van het beroepsrecht voor belangenorganisaties overeind houdt, doch tegelijkertijd op een verantwoorde wijze het 'kaf van het koren scheidt'. Bovendien, zo is onze opvatting, verdraagt zich een dergelijk systeem goed met de Europees- en internationaalrechtelijke eisen die aan het beroepsrecht in met name het milieu- en natuurbeschermingsrecht worden gesteld.

3.4 Naar een vorm van periodiek toezicht op het openbaar bestuur

We zouden ons kunnen afvragen of er naast enerzijds de mogelijkheid van een toezichthoudende rol van de advocaat-generaal op in het bijzonder de naleving van de fundamentele constitutionele uitgangspunten van ons rechtssysteem door middel van een rechtsmiddel in het belang van het recht en anderzijds het beroepsrecht van specifiek op die toezichthoudende rol geselecteerde belangenorganisaties, in het bestuursrecht nog behoefte bestaat aan een andere vorm van tegenwicht tegen het openbaar bestuur. In zijn voornoemd preadvies doet Van Ettekoven de suggestie om de naleving van rechtsnormen die zijn gericht op de bescherming van kwetsbare, stemloze belangen op te dragen aan het openbaar ministerie, specifiek aan een daarbinnen te organiseren afdeling natuur en milieu.³⁷ Het OM zou moeten kunnen participeren in de besluitvorming, net zoals de inspecteur voor de ruimtelijke ordening dat kan in het ruimtelijke spoor. Bovendien zou aan het OM of de milieuofficieren beroepsrecht kunnen worden toegekend, zodat zij – indien noodzakelijk en wenselijk – bij de bestuursrechter kunnen opkomen tegen besluit waaraan naar hun oordeel een rechtmatigheidsgebrek kleeft. Als alternatief voor het openbaar ministerie denkt Van Ettekoven aan een onafhankelijk zelfstandig bestuursorgaan, gefinancierd door de rijksoverheid, aan wie de zorg voor handhaving en naleving van de betrokken materiële normen wordt opgedragen, inclusief de mogelijkheid om tegen overheidsbesluiten beroep in te stellen. Hoewel dat uit zijn betoog niet helemaal duidelijk wordt lijkt Van Ettekoven deze toezichthouder op termijn te zien als alternatief voor het beroepsrecht voor belangenorganisaties. Dat spreekt ons minder aan. Dat heeft onder meer te maken met enkele praktische bezwaren. Juist bij belangenorganisaties – en zeker in de systematiek die wij in het voorgaande hebben geduid – is een grote mate van kennis aanwezig die bij het Openbaar Ministerie, althans op dit

³⁷ B.J. van Ettekoven, 'Bestuursrechtspraak voor Jan & Alleman? Op weg naar een stelsel van subjectieve rechtsbescherming', in: B.J. Schueler, B.J. van Ettekoven & J. Hoekstra, *Rechtsbescherming in het omgevingsrecht* (Vereniging voor Bouwrecht nr. 37), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 94-95.

moment, ontbreekt en die van de grond af moet worden opgebouwd. Daarnaast lijkt het ons een zeer grote belasting om het OM een toezichthoudende rol toe te kennen op alle bestuurlijke besluitvorming op het terrein van het natuurbeschermingsrecht en het milieurecht. Bovendien is niet duidelijk wat meer principieel de voordelen zijn van een toezichthoudend Openbaar Ministerie boven de algemeen belangacties van private rechtspersonen.

Het voorgaande neemt niet weg dat elementen van de door Van Ettekoven gepresenteerde gedachte ons aanspreken. De gedachte van een toezichthouder op het functioneren van het openbaar bestuur spreekt ons aan. Wij zouden een dergelijke toezichthouder echter niet de bevoegdheid willen geven om in concrete zaken toegang tot de rechter te hebben om besluiten ter vernietiging voor te leggen. Wel zou deze toezichthouder – overigens zien wij hier geen taak voor het openbaar ministerie weggelegd – de bevoegdheid moeten krijgen om periodieke controles bij het openbaar bestuur uit te voeren op de kwaliteit van de besluitvorming. Dit heeft een aantal voordelen boven een meeprocederende 'big brother'. In de eerste plaats is de focus van de toezichthouder daardoor niet noodzakelijkerwijs gericht op een geïsoleerde beoordeling van het concrete geval, maar levert een dergelijke periodieke controle meer in abstracto een beeld op van de knelpunten in het openbaar bestuur. Dat kunnen problemen bij een bepaald bestuursorgaan of de organen van een bepaald openbaar lichaam zijn, maar de toezichthouder is door dergelijke periodieke controles ook in staat om knelpunten die bestuursorganen van verschillende openbare lichamen gemeenschappelijk hebben te signaleren. Hierbij kan worden gedacht aan bepaalde problemen omtrent de doorwerking van het Europese recht of problemen rond de snelle wijzigingen in de materiële wetgeving op het terrein van het omgevingsrecht. Daar komt bij dat een periodieke controle in abstracto het voordeel heeft boven de controle met procesbevoegdheid in concreto, dat zij niet slechts geschiedt vanuit een juridische rationaliteit en dus gericht op aspecten van rechtmatigheid, maar dat zij veel breder ook onder meer bestuurskundige en sociologische aspecten kan omvatten. Bovendien biedt het abstraheren van de concrete procedure de mogelijkheid om in te zoomen op juist de interactie tussen rechtspraak en openbaar bestuur waar het bijvoorbeeld gaat om de doorwerking van rechterlijke uitspraken. Een dergelijke toezichthouder zou bij voorkeur worden samengesteld uit mensen met verschillende achtergronden: leden met bestuurlijke ervaring, leden met proceservaring in procedures tegen de overheid (advocatuur en belangenorganisaties) en wetenschappers met niet alleen juridische achtergrond. Het instrument van zulk een periodiek toezicht op het bestuursoptreden in abstracto verdient naar onze mening een nadere doordenking. Tezamen met de

hiervoor genoemde toezichthoudende instrumenten in concrete kan het in belangrijke mate bijdragen aan het bewaken van de legitimiteit van het bestuurs-optreden en daarmee aan het in stand houden van het evenwicht in onze democratische rechtsstaat.

4 Geschillenbeslechting en ruimte voor rechtsontwikkeling

4.1 Inleiding

De hoogste bestuursrechters zijn met uitzondering van de belastingkamer van de Hoge Raad geen cassatierechter. Weliswaar vervullen zij op alle terreinen waarop zij recht spreken de rol van hoogste rechter, maar zij doen dat als hoogste feitelijke instantie en in een niet onaanzienlijk aantal gevallen gebeurt dat als rechter in eerste en enige aanleg. In alle gevallen mag van de hoogste bestuursrechters echter worden verlangd dat zij de rol vervullen die past bij een hoogste rechter. Dit houdt in dat zij niet alleen zorg moeten dragen voor een juridisch juiste, en waar mogelijke finale beslechting van het aan hen voorgelegde geschil, maar tevens dat zij een belangrijke rol vervullen waar het gaat om het bewaken van de rechtseenheid en het richting geven aan de rechtsontwikkeling op de terreinen waarop zij recht spreken.

Het is van belang in de voor ons liggende periode na te denken over hoe de juiste balans tussen deze beide taken kan worden bereikt. Zoals in de conclusies in deel I van dit onderzoek is opgemerkt gaat het dan om de inbedding van de doelstelling van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid in het primair op geschillenbeslechting gerichte procesmodel. Die inbedding verloopt wat ons betreft langs twee lijnen. In de eerste plaats werkt zij door in, of althans roept zij vragen op in relatie tot de hoofdstructuur van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming (paragraaf 4.2). Het roept bijvoorbeeld de thans actuele vraag op naar de wenselijkheid van rechtspraak in twee feitelijke instanties. Een daarmee samenhangende vraag is die naar de wenselijkheid van enigerlei vorm van een rechtseenheidvoorziening, waaronder cassatierechtspraak in het bestuurrecht. In de tweede plaats gaat het bij de inbedding van genoemd perspectief voor een belangrijk deel om een verdergaande differentiatie in de zaaksbehandeling, in die zin dat de zaken die voor de rechtsontwikkeling van belang zijn een daarop toegesneden behandeling krijgen zonder dat dit al te zeer ten koste gaat van de snelheid in afhandeling van die zaken waarin zich geen rechtsvormend element voordoet (paragraaf 4.3). In vergelijking met een cassatie-

rechter als de Hoge Raad gaat het bij de overige hoogste bestuursrechters weliswaar in een geringer percentage van het totaal aantal aangebrachte zaken om rechtsvragen die voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling van groot belang zijn. Dat neemt niet weg dat de problematiek die de Hoge Raad aanleiding heeft gegeven invoering van enigerlei vorm van verlostelsel te bepleiten, zich tot op zekere hoogte ook bij de overige hoogste bestuursrechters voordoet. Juist door de grote aantallen zaken rijst de vraag naar de wenselijkheid van een instrument waarmee zaken in een zo vroeg mogelijk stadium aan een inhoudelijke selectie kunnen worden onderworpen en waarbij aan de hand van een op de taken van de hoogste bestuursrechters toegesneden selectiemaatstaf zaken worden geselecteerd die zich er niet voor lenen dat zij zich daarover inhoudelijk uitlaten, of waarin zij kunnen volstaan met een verkorte motivering en anderzijds zaken die juist een 'special treatment' verdienen.

4.2 Hoofdstructuur van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming

4.2.1 Behoud het uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties

In het civiele procesrecht en het strafprocesrecht is rechtspraak in twee feitelijke instanties van oudsher de hoofdregel. Voor het bestuursprocesrecht ligt dat anders. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft, zoals in deel I is beschreven, een wat grilliger ontwikkeling doorgemaakt. Voor het bestuursrecht is in de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie dezelfde hoofdregel geformuleerd. Desalniettemin bleef het bestuursrecht min of meer het karakter van een gemend stelsel houden; ook na het in werking treden van de eerste fase herziening rechterlijke organisatie bleven er – soms omvangrijke – uitzonderingen bestaan op het uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties.

Op enkele van die deelterreinen werd in de jaren erna een mogelijkheid geïntroduceerd van hoger beroep. Zo werd op het terrein van het vreemdelingenrecht met het in werking treden van de Vreemdelingenwet 2000 rechtspraak in twee feitelijke instanties geïntroduceerd. Een andere omvangrijke operatie heeft plaatsgevonden in het kader van de invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Met de inwerkingtreding van deze wet werd de zogenaamde omgevingsvergunning geïntroduceerd waartegen rechtspraak in twee instanties werd opengesteld. Dit heeft tot gevolg dat vanaf 1 oktober 2010 tegen veel besluiten op het terrein van het milieurecht niet langer beroep in eerste en enige aanleg op de Afdeling bestuursrechtspraak openstaat. De milieurechtelijke deelt toestemming maakt voortaan onderdeel uit van de omgevingsvergunning

waartegen beroep op de rechtbank en hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak openstaat. Op enkele omvangrijke deelterreinen bestaat echter nog steeds rechtspraak in één instantie. Dat geldt voor een groot deel van de besluiten op het gebied van het economisch bestuursrecht die onder de competentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven vallen en voor de bestemmingsplannen en andere ruimtelijke plannen waartegen beroep in eerste en enige aanleg openstaat op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dat neemt niet weg dat de tendens in de laatste decennia in het bestuursrecht duidelijk is gericht op het realiseren van rechtspraak in twee feitelijke instanties op steeds meer rechtsterreinen.

Met die tendens lijkt thans echter onder druk van de behoefte aan versnelling van procedures te worden gebroken. In het wetsvoorstel tot verankering van de Crisis- en herstelwet wordt een artikel 6.6 van de Wabo voorgesteld dat, in afwijking van de hoofdregel onder de Wabo, regelt dat tegen een omgevingsvergunning beroep in eerste en enige aanleg openstaat bij de Afdeling bestuursrechtspraak indien de omgevingsvergunning betrekking heeft op: a. een project dat geheel of hoofdzakelijk voorziet in de bouw van ten minste 12 nieuwe woningen en b. een project dat behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur op voordracht van Onze Minister aangewezen categorie andere projecten van maatschappelijke betekenis. Nu wordt uit de toelichting niet duidelijk wat moet worden verstaan onder projecten van maatschappelijke betekenis. De bepaling echter dat het zonder meer gaat om alle bouwprojecten van ten minste 12 woningen, maakt duidelijk dat we het in dit verband hebben over een substantieel aantal bouwzaken. Deze ontwikkeling wekt verbazing. In de eerste plaats omdat het voorstel wordt gedaan nog geen jaar na de inwerkingtreding van de Wabo, waarin nog zo krachtig het standpunt van rechtspraak in twee instanties werd verdedigd. Daarnaast echter ook, omdat hiermee een merkwaardig soort bestuursrechtspraak van twee gestrengheden wordt geïntroduceerd, waarbij de relatief 'grote' zaken in één instantie moeten worden afgedaan en de 'lichtere' zaken in twee instanties worden uitgeprocedeerd. Nog los van het constitutionele aspect dat artikel 6.6 Wabo toestaat dat de uiteindelijke regeling van de competentieverdeling bij algemene maatregel van bestuur geschiedt, hetgeen naar ons oordeel op gespannen voet staat met artikel 112, tweede lid, Grondwet dat op dat punt naar onze opvatting geen delegatie toestaat, is deze ontwikkeling ook om praktische en vooral principiële redenen bedenkelijk.

Voor het uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties pleit onder meer - naast de omstandigheid dat hiermee wordt aangesloten bij andere

rechtsgebieden waar eveneens rechtspraak in twee instanties als regel geldt – het beheersbaar houden van de werklast. In een model waarbij rechtspraak in eerste en enige aanleg dreigt al snel een overbelasting van het rechterlijke college. Dit is ook de belangrijkste reden geweest om in de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie voor een spreiding van de werklast over de negentien rechtbanken te kiezen met een mogelijkheid van hoger beroep. Een ander belangrijk argument vormt echter de kwaliteit van de rechtspraak. Hoger beroep vormt een waarborg voor de kwaliteit van de rechtspraak in de gehele keten doordat het een mogelijkheid biedt om door de rechter of partijen gemaakte fouten binnen de grenzen van wat in hoger beroep nog aan de orde kan komen, te herstellen. Er is naar onze mening ook nog een andere omstandigheid waarom rechtspraak in twee feitelijke instanties als hoofdregel de voorkeur geniet. Rechtspraak in twee feitelijke instanties stelt de hoogste rechter beter in staat zorg te dragen voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling op de desbetreffende deelterreinen van het bestuursrecht. Een procedure in eerste aanleg voor de rechtbank, zo leert de ervaring, vervult een nuttige selecterende functie. Zij maakt het mogelijk dat het geschil zich in zijn gang langs instanties toespitst op een nauwgezette behandeling van die punten waar het geschil werkelijk om draait. Bovendien wordt het juridisch debat voor de hoogste rechter verscherpt, wanneer er een goed gemotiveerd vonnis van de rechtbank voorligt. Aldus levert de eerste aanleg een belangrijke bijdrage aan de verdieping van het debat in hoger beroep en daarmee aan de rechtsvormende taak van de hogerberoepsrechter.

Het uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties dient naar onze mening ook in de toekomst te worden gehandhaafd. Wij maken ons tegen de achtergrond van de ontwikkelingen rond de 'verankering' van de Crisis- en herstelwet echter wel zorgen. De hoogste algemene bestuursrechter, de Afdeling bestuursrechtspraak, dreigt op deze manier vooral een 'bulkrechter' te worden die moet zien de vele zaken in eerste en enige aanleg binnen zes maanden de deur uit te werken. Alleen op grond van goede, meer systematische argumenten kan naar onze opvatting van de hoofdregel van rechtspraak in twee feitelijke instanties worden afgeweken. De enkele behoefte aan een snelle uitvoering van overheidsprojecten is daartoe op zichzelf naar onze mening onvoldoende. Hoewel snelheid van groot belang is en zelfs een wezenlijk kwaliteitsaspect van rechtspraak vormt, weegt zij niet op tegen de waarde van rechtspraak in twee feitelijke instanties. Bovendien moet men op het punt van versnelling ook geen overspannen verwachtingen hebben van het terugbrengen van rechtspraak in twee feitelijke instanties naar rechtspraak in eerste en enige aanleg. Als te vaak voor rechtspraak in één instantie wordt gekozen raakt dit college al snel zodanig belast dat de

doorlooptijden als gevolg daarvan zullen oplopen. De cumulatie van zaken in het tijdperk van de Wet Arob bij de (toenmalige) Afdeling rechtspraak van de Raad van State is daarvan een voorbeeld.

4.2.2 De aantrekkelijkheid van een gemeenschappelijke rechtseenheidvoorziening

4.2.2.1 Een grand chamber of een geïnstitutionaliseerde rechtseenheidkamer?

In vervolg op hetgeen hiervoor is opgemerkt rijst de vraag of de accentuering van de taak van de hoogste bestuursrechters om de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid te bevorderen niet een behoefte doet ontstaan aan bepaalde institutionele arrangementen die de bestuursrechtspraak in staat stelt die functie te vervullen. Anders dan bijvoorbeeld de Hoge Raad is de hoogste algemene bestuursrechter, de Afdeling bestuursrechtspraak, vooral een 'feitenrechter' en ligt het accent heel sterk op de afdoening van zaken, het beslechten van geschillen. Dat neemt niet weg dat ook van de hoogste bestuursrechters mag worden verlangd dat zij richting geven aan de rechtsontwikkeling. De vraag rijst of zij in staat zijn het bevorderen van de rechtseenheid elk afzonderlijk op een voldoende slagvaardige en geprononceerde wijze te doen.

In veel gevallen vindt er coördinatie van rechtspraak plaats. Veelal gebeurt dit spontaan, of zo men wil stilzwijgend. Het gaat daarbij om de talrijke zaken waarin een rechterlijk college zich, zonder tot (in)formele raadpleging over te gaan, aansluit bij de rechtspraak van een ander college. Als er sprake is van een gevestigde jurisprudentie van de ene hoogste bestuursrechter ligt het voor de hand dat de ander daarbij in beginsel aansluit wanneer dezelfde rechtsvraag aan de orde is in vergelijkbare omstandigheden, en dat in de overwegingen ook nadrukkelijk op die aansluiting wordt gewezen. Een mooi voorbeeld vormt de uitspraak van de Afdeling van 18 augustus 2004 over de processuele connexiteit en belanghebbendheid bij zuivere schadebesluiten en waarbij zij expliciet aansluiting zoekt bij de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep.³⁸ Wat overigens voor de hoogste bestuursrechters onderling geldt, geldt op gelijke wijze ook voor de verhouding tussen de hoogste bestuursrechter en de hoogste strafrechter of burgerlijke rechter in geval van rechtsgebied overstijgende kwesties. Een mooi voorbeeld daarvan vormt de zaak over de bluswerkzaamheden in Haarlem, waarin de zogenaamde Pikmeer-jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad expliciet in de overwegingen van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt betrokken.³⁹ Niet alleen wanneer wordt aangesloten bij gevestigde juris-

³⁸ ABRvS 18 augustus 2004, AB 2004/395 m.nt. Verheij.

³⁹ ABRvS 22 november 2006, AB 2007/25 m.nt. Duijkersloot.

prudentie van andere colleges, maar ook wanneer daarvan wordt afgeweken zou het aanbeveling verdienen zulks in de motivering van de uitspraak tot uitdrukking te brengen, door aan te geven waarom bij de jurisprudentie van de andere rechter, waarvan wel kennis is genomen, niet wordt aangesloten. Niet alleen de rechtseenheid, maar ook de rechtsontwikkeling is daarmee gediend.⁴⁰

Coördinatie tussen hoogste rechterlijke colleges met het doel om ten aanzien van collegeoverstijgende vraagstukken de jurisprudentie onderling af te stemmen vindt in Nederland in verschillende vormen en gremia plaats.⁴¹ Soms vormt de samenstelling van de zetel reeds een indicatie van afstemming, wanneer daarbij gebruik is gemaakt van personele unies tussen de (plaatsvervangende) leden van de bij de afstemming betrokken colleges. Overigens zou het in dit verband aanbeveling verdienen door middel van een wetswijziging de mogelijkheid te openen dat ook bij de Hoge Raad op gelijke wijze raadsheren-plaatsvervanger kunnen worden benoemd. In andere gevallen ligt aan een uitspraak vaak toch een vorm van beleid ten grondslag waarover binnen het college, of met andere betrokken rechtscolleges, overleg is gevoerd en waarbij richtinggevende afspraken zijn gemaakt. Soms vindt dat overleg ad hoc plaats naar aanleiding van een concrete zaak waarin zich een kamer- of collegeoverstijgend vraagstuk aandient; soms wordt – bijvoorbeeld naar aanleiding van nieuwe wetgeving – bij voorbaat, dat wil zeggen: los van een concrete zaak, afstemming nagestreefd. Dat laatste gebeurt recent in toenemende mate en ook min of meer in geïnstitutionaliseerde vorm.

Recent hebben de voorzitter en presidenten van de respectievelijke colleges besloten tot de instelling van een gemeenschappelijke Commissie rechtseenheid bestuursrecht. Dit overleg heeft tot doel de rechtseenheid te bewaken en te bevorderen op de terreinen waarop de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven recht spreken. In deze Commissie nemen, indien nodig, ook leden uit de strafkamer en de civiele kamer van de Hoge Raad zitting. Aan de hand

⁴⁰ M. Scheltema, 'Omgangsvormen tussen hoogste rechters', *NTB* 2005, p. 288-289; M.W. Scheltema, 'De zin van het verwijzen naar rechtspraak', *NTB* 2006, p. 219-244; J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.

⁴¹ Vgl. ook S.K. Martens, 'Mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking, een verkenning', in: P. Ingelse e.a. (red), *Mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Prinsengrachtreeks 1997/4.

van een uitgebreide inventarisatie van de verschillen in de jurisprudentie is de laatste maanden gewerkt aan voorstellen om tot meer rechtseenheid te komen. De Commissie legt haar bevindingen uiteindelijk ter besluitvorming voor aan een gremium bestaande uit de voorzitter en presidenten van de onderscheiden colleges dat bijeenkomt onder de naam Rechtseenheidoverleg bestuursrecht. Dit overleg heeft ook meteen zijn vruchten afgeworpen. Zo is de Hoge Raad in zijn arrest van 13 mei 2011 teruggekomen van zijn vaste – ook ten aanzien van kwesties die van openbare orde zijn gevolgd – rechtspraak in belastingzaken dat voor het vellen van een bewijsoordeel door de rechter geen plaats is indien het gaat om een stelling die geen bewijs behoeft, zoals een stelling van een partij die door de wederpartij is erkend, althans niet is betwist.⁴² Expliciet sluit de Hoge Raad zich aan bij de jurisprudentie van de andere colleges die de lijn hanteren dat ontvankelijkheidskwesties van openbare orde zijn en derhalve niet ter vrije beschikking van partijen staan. Een ander voorbeeld vormt HR 10 juni 2011,⁴³ waarin de Hoge Raad in afwijking van de conclusie van de advocaat-generaal aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van de Afdeling op het punt van de redelijke termijn. In gevallen waarop artikel 6 EVRM niet ziet wordt een verplichting om geschillen binnen een redelijke termijn te beslechten aangenomen op grond van de rechtszekerheid als algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan artikel 6 EVRM ten grondslag ligt, en dat evenzeer geldt binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van de genoemde bepaling. Ook op het punt van de reikwijdte van de heroverweging in bezwaar heeft de Hoge Raad aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van de andere hoogste bestuursrechters.⁴⁴ Op haar beurt heeft de Afdeling zich bij uitspraak van 23 februari 2011 expliciet bij de jurisprudentie van de andere colleges aangesloten door te overwegen dat geen herziening kan worden gevraagd van een uitspraak waarbij een eerder verzoek om herziening is afgewezen.⁴⁵ Ook op het punt van de aannemelijkheid van de verzending heeft de Afdeling een duidelijke stap gezet in de richting van de andere colleges.⁴⁶

Tegen deze achtergrond moet worden gezegd dat de rechtseenheid in het bestuursrecht thans niet een heel groot probleem vormt. Zoals ook de minister in zijn brief van 21 januari 2010 aan de Tweede Kamer schrijft is de kwestie van

⁴² HR 13 mei 2011, *LJN* BQ4291. De voorheen door de HR gevolgd jurisprudentielijn komt onder meer tot uitdrukking in HR 1 april 2005, *AB* 2005/246 m.nt. Widdershoven.

⁴³ HR 10 juni 2011, *LJN* BO5087.

⁴⁴ HR 24 december 2010, *LJN* BO0396.

⁴⁵ ABRvS 23 februari 2011, *LJN* BP5474.

⁴⁶ ABRvS 10 mei 2011, *LJN* BQ4617.

de rechtseenheid in het bestuursrecht de afgelopen jaren een beperkt probleem gebleken, waarvoor een oplossing kan worden gevonden zonder daartoe ingrijpende institutionele hervormingen in gang te zetten, al was het maar – zoals wij daar aan toevoegen – omdat het wenselijk noch betaalbaar is in deze en waarschijnlijk ook in de komende kabinetsperiode grote wijzigingen door te voeren.⁴⁷ Een van de in deze brief aangekondigde maatregelen is de instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidkamer van hoogste bestuursrechters. Het gaat hierbij om een gemeenschappelijke kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De toenmalig minister van Justitie stelt voorstander te zijn van het instellen van een gemeenschappelijke rechtseenheidkamer van de ABRvS, de CRvB en het CBb, waaraan deze colleges in specifieke gevallen prejudiciële vragen kunnen stellen. Hij voegt daaraan toe voornemens te zijn deze voorziening wettelijk te verankeren en nader te bezien of ook de Hoge Raad in enigerlei vorm kan worden betrokken. Dat laatste lijkt ons zeer wenselijk.

Het voorstel van een gezamenlijke rechtseenheidkamer heeft naar ons oordeel het voordeel boven het invoeren van een mogelijkheid van beroep in cassatie in het bestuursrecht, omdat het een praktische oplossing biedt voor een beperkt probleem. Een rechtseenheidkamer heeft in procedureel opzicht enkele voordelen boven de mogelijkheid van beroep in cassatie. In de eerste plaats ligt de regie bij de rechter en niet bij partijen. Beroep in cassatie kan in beginsel door iedere belanghebbende worden ingesteld, maar het is uitsluitend de rechter die kan besluiten tot het stellen van een prejudiciële vraag aan de rechtseenheidkamer. Dit laatste laat, naar wij aannemen, onverlet dat partijen aan de rechter een daartoe strekkend verzoek kunnen doen en dat de rechter daarop dan gemotiveerd behoort te beslissen. Maar het is uiteindelijk aan de rechter om te bepalen of de gerezen rechtsvraag aanleiding geeft tot het stellen van een prejudiciële vraag. De toestroom van zaken heeft de rechtspraak bij een mogelijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag aan een rechtseenheidkamer veel beter zelf in de hand. Een ander voordeel is dat de rechtseenheidkamer door de selectieve inzetbaarheid niet al te zeer in de weg staat aan de voortvarende beslechting van geschillen. Met het oog op het bewaken van de balans tussen snelheid en kwaliteit van de rechtspleging is de processuele vormgeving van de toegang tot en de procedure voor de rechtseenheidkamer overigens wel van groot belang.

⁴⁷ Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 30 585, nr. 28, p. 4.

De meest eenvoudig te realiseren optie voor een rechtseenheidkamer is de mogelijkheid van de vorming van een grote kamer in gevallen waarin college-overstijgende rechtsvragen aan de orde zijn. Het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht voorziet in een mogelijkheid voor de Afdeling bestuurs-rechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven om in voorkomende gevallen een meervoudige kamer met vijf leden samen te stellen. De vorming van een (geïstitutionaliseerde) gemeenschappelijke rechtseenheidkamer, zoals door de minister in zijn brief aangekondigd, grijpt iets dieper in de bestaande institutionele structuren in. Het voordeel daarvan is dat deze voorziening wellicht nog beter dan de grote kamer tegemoet komt aan de motie van het Eerste Kamerlid Engels c.s. die de regering verzoekt bij de verdere uitvoering van het in de brief van de Minister van 21 januari 2010 neergelegde perspectief op meer eenheid in de bestuursrechtspraak nadrukkelijk ook institutionele aanpassingen te betrekken. Een ander voor ons zwaarwegend voordeel is dat bij een mogelijkheid of verplichting om prejudiciële vragen te stellen aan een rechtseenheidkamer, partijen een daartoe strekkend verzoek kunnen doen, waarop door de rechter moet worden beslist. Het bevorderen van de rechtsontwikkeling en het bewaken van de rechtseenheid is daarmee niet – zoals bij de vraag of een grote kamer wordt samengesteld die de bereidheid heeft om een richtinggevende uitspraak te doen – uitsluitend afhankelijk van het college waar de zaak aanhangig is, maar wordt een element in de procedure waarop ook partijen tot op zekere hoogte invloed kunnen uitoefenen. Dat is niet alleen in het belang van partijen, maar komt ook de legitimiteit van de bestuursrechtspraak ten goede.⁴⁸

Het voorstel van een geïstitutionaliseerde gemeenschappelijke rechtseenheidkamer heeft niet alleen het voordeel dat hij een bijdrage kan leveren aan het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, maar ook dat het dit op een voor de buitenwereld kenbare wijze kan doen. Hoewel ook aan een uitspraak van de rechtseenheidkamer veelvuldig intercollegiaal overleg vooraf zal gaan, heeft een prejudiciële procedure voor de gemeenschappelijke rechtseenheidkamer het voordeel boven de huidige afstemmingsoverleggen, zoals Van Dijk opmerkt, dat het proces van rechtseenheidsbevordering transparant wordt en de partijen in het onderliggende geschil ook hun standpunt voor een dergelijke

⁴⁸ Zie ook J.C.A. de Poorter & E.M.H. Hirsch Ballin, 'Enkele beschouwingen over de toekomst van de rechtspleging, met name in het bestuursrecht', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke Macht. Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 659.

kamer kunnen bepleiten'.⁴⁹ De beslissingen van de rechtseenheidkamer geven inderdaad op een voor de buitenwereld kenbare wijze inzicht in het proces van rechtsontwikkeling. Voor de buitenwereld is duidelijk welke vraagstukken de aandacht krijgen, welke beslissingen ten aanzien van die vraagstukken worden genomen en wat de juridische argumentatie is die aan die beslissing ten grondslag ligt.⁵⁰

Het is naar onze opvatting wel van belang dat de Hoge Raad aan die oplossing meedoet. Van Ettekoven acht dit niet realistisch: 'Misschien ben ik te somber gestemd, maar ik kan geen goede reden bedenken waarom de Hoge Raad thans wel deel zou willen uitmaken van een dergelijke rechtseenheidkamer, terwijl hij daaraan eerder niet heeft willen deelnemen'.⁵¹ Maar de Hoge Raad laat onder meer in recente jurisprudentie zien dat het de rechtseenheid in het bestuursrecht en op het snijvlak van het bestuursrecht enerzijds en het straf- en civiele recht anderzijds, heel serieus neemt.⁵² Wij zouden ons tegen die achtergrond kunnen voorstellen dat de Hoge Raad – zeker nu de 'derde fase', gelet op de wens van dit kabinet om in het kader van de verankering van de Crisis- en herstelwet op niet onbelangrijke delen van het bestuursrecht weer terug te keren naar rechtspraak in eerste en enige aanleg, verder weg lijkt dan ooit – aan een rechtseenheidkamer van in ieder geval de drie appelcolleges een bijdrage zou willen leveren.

4.2.2.2 Een mogelijkheid van prejudiciële vragen door de rechtbank aan de rechtseenheidkamer?

Het stellen van een prejudiciële vraag aan de rechtseenheidkamer zal leiden, zo schrijven de ministers in hun brief van 28 april 2004, tot enige vertraging in de afdoening van de zaak waarin deze vraag is gesteld.⁵³ Die vertraging zal zich

⁴⁹ 'Liever rechter dan manager', interview met mr. P. van Dijk door mr. A.W.M. Bijloos, *Trema* 2010, p. 184-188.

⁵⁰ Zie in die zin ook J.C.A. de Poorter & E.M.H. Hirsch Ballin, 'Enkele beschouwingen over de toekomst van de rechtspleging, met name in het bestuursrecht', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke Macht. Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 659.

⁵¹ B.J. van Ettekoven, 'De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: BJu 2011, p. 272.

⁵² Zie onder meer de hiervoor beschreven jurisprudentie: HR 13 mei 2011, *LJN* BQ4291; HR 10 juni 2011, *LJN* BO5087 en HR 24 december 2010, *LJN* BO0396.

⁵³ *Kamerstukken II* 2003/04, 25 425, nr. 7.

echter in een gering aantal zaken voordoen. Bovendien – zoals Hirsch Ballin en De Poorter eerder hebben betoogd – kan in zeker opzicht mogelijk ook een versnelling worden bereikt door niet alleen de hoogste bestuursrechters, maar in voorkomende gevallen ook de rechtbanken de bevoegdheid te geven een prejudiciële vraag te stellen.⁵⁴

Enkele jaren geleden heeft Konijnenbelt er reeds op gewezen dat in het Franse bestuursrecht reeds lange tijd voor lagere rechters de mogelijkheid bestaat van het stellen van prejudiciële vragen aan het hoogste rechtscollege.⁵⁵ In artikel L. 113-I van de Code de justice administrative wordt bepaald dat de administratieve rechtbank of het administratieve hof van beroep, alvorens uitspraak te doen op een beroep waarin een nieuwe rechtsvraag aan de orde is die niet gemakkelijk is te beantwoorden en die in een reeks geschillen speelt, bij beslissing waartegen geen rechtsmiddel openstaat, de zaak kan overdragen aan de Raad van State, die de voorgelegde vraag binnen drie maanden beoordeelt. Elke beslissing in de hoofdzaak wordt aangehouden tot er een advies van de Raad van State is of, bij gebreke daarvan, tot na afloop van de genoemde termijn.

De mogelijkheid om de rechter in eerste aanleg de bevoegdheid te geven om een prejudiciële vraag te stellen aan de rechtseenheidkamer heeft zeker voordelen. In het bijzonder in de gevallen waarin de eerste aanleg – door de permanente veranderingsdruk in de wetgeving niet ondenkbaar – met een nieuwe rechtsvraag wordt geconfronteerd die in meerdere zaken en bij verschillende rechtbanken een rol speelt, kan een prejudiciële beslissing tijdswinst betekenen. Het levert winst op als voor de beantwoording van die rechtsvragen niet noodzakelijkerwijs hoeft te worden doorgeprocedeerd tot in hoogste instantie. Het kan bovendien voorkomen dat verschillende rechters in de eerste lijn tegenstrijdige uitspraken doen. Bovendien levert een dergelijke prejudiciële procedure een bijdrage aan de kwaliteit, de aanvaardbaarheid en het gezag van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Het heeft daarenboven ook vanuit een oogpunt van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid een zeker voordeel. Het voorleggen van een rechtsvraag aan de rechtseenheidkamer is op deze wijze immers niet meer uitsluitend afhankelijk van de vraag of betrokken partijen bereid zijn hoger beroep in te stellen. Het verkleint aldus het – recent nog in relatie tot de

⁵⁴ J.C.A. de Poorter & E.M.H. Hirsch Ballin, 'Enkele beschouwingen over de toekomst van de rechtspleging, met name in het bestuursrecht', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke Macht. Studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 660-661.

⁵⁵ W. Konijnenbelt, 'Franse lessen', *NTB* 2004, p. 40-41.

cassatierechtspraak op het terrein van het civiel- en strafrecht veelbesproken –⁵⁶ risico dat voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling van belang zijnde zaken de hoogste rechterlijke instantie niet zullen bereiken.

Wij realiseren ons dat er in zekere zin wellicht een spanning bestaat tussen het openen van de mogelijkheid van een prejudiciële procedure en het door ons verdedigde belang van rechtspraak in twee feitelijke instanties. In alle gevallen waarin de rechter in eerste aanleg een prejudiciële vraag stelt, ontbreekt een gemotiveerd rechterlijk vonnis dat ter toetsing aan de hoogste rechter wordt voorgelegd. Juist een dergelijke uitspraak verscherpt het debat voor de hoogste rechter en draagt aldus bij aan de rechtsontwikkeling in de gevallen waarin van de hoogste bestuursrechter een richtinggevende uitspraak wordt verlangd. Daar staat echter tegenover dat de prejudiciële procedure juist een impuls betekent voor de rechtsontwikkeling. Niet alleen omdat het voorleggen van een rechtsvraag aan de hoogste rechter niet meer uitsluitend afhankelijk is van de bereidheid van partijen om tot in hoogste instantie door te procederen, maar ook omdat de rechtsvraag in een dergelijke prejudiciële procedure in zijn meest zuivere vorm ter tafel ligt en de rechtseenheidkamer aldus de gelegenheid biedt op een geprononceerde wijze zijn rechtsvormende taak uit te oefenen. Wij zijn er voorstander van de rechtbank de bevoegdheid (we spreken bewust niet van het opleggen van een verplichting) te verlenen in bepaalde gevallen een prejudiciële vraag te stellen aan de rechtseenheidkamer. Het is daarbij echter van belang dat de rechters in eerste aanleg er met gepaste terughoudendheid gebruik van maken. Aanleiding om de bevoegdheid aan te wenden is er naar onze mening in het bijzonder in de gevallen waarin er ten aanzien van een bepaald vraagstuk tegenstrijdige uitspraken van verschillende rechtbanken bestaan,⁵⁷ of wanneer een naar aanleiding van nieuwe wetgeving opgekomen rechtsvraag op korte termijn beantwoording behoeft omdat de rechtspraktijk hierop met smart zit te wachten. De prejudiciële procedure vormt echter slechts een additioneel instrument om

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld de bijdragen van N. Frenk, 'De prejudiciële procedure: ruimere mogelijkheden voor de rechtsontwikkeling bij de toepassing van vage normen en onbepaalde begrippen', F.G.H. Kristen, 'Naar een prejudiciële procedure in strafzaken' en A.E.M. Röttgering, 'Een prejudiciële procedure in strafzaken', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: BJu 2011.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld de divergerende rechtbankjurisprudentie met betrekking tot de toepassing van artikel 6:13 Awb bij samenloop van de bezwaarprocedure en de procedure van afdeling 3.4 Awb die de Afdeling aanleiding gaf een richtinggevende uitspraak te doen in ABRvS 4 juli 2007, *AB* 2007/274 m.nt. Robbe.

rechtstvragen voortijdig aan de rechtseenheidkamer voor te leggen. De rechtbank blijft echter bevoegd de rechtsvraag – ook als partijen aandringen op het stellen van een prejudiciële vraag – zelf te beantwoorden.

4.2.3 *Behoeftte aan cassatie in het bestuursrecht?*

In vergelijking met het strafrecht en het civiele recht ontbreekt op grote terreinen van het bestuursrecht een mogelijkheid van beroep in cassatie. In het kader van de voltooiing van de eerste fase herziening rechterlijke organisatie in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw noemde het toenmalig kabinet een aantal vervolgstappen dat samen de derde fase van die herziening zou vormen.⁵⁸ Die vervolgstappen hadden onder meer betrekking op de vormgeving van het hoger beroep en op verdere voorzieningen voor het rechtseenheid, zowel binnen het bestuursrecht als tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden.

De toenmalige Minister van Justitie stuurde op 18 mei 2001 een brief aan de Tweede Kamer inhoudende een contourennota modernisering rechterlijke organisatie, waarin opties werden geschetst en argumenten in kaart werden gebracht voor een mogelijke reorganisatie van de bestuursrechtspraak. Een keuze werd echter overgelaten aan een volgende kabinet. Op 28 april 2004 stuurden de toenmalige ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een brief aan de Tweede Kamer waarin zij aangaven dat naar het oordeel van het kabinet een institutionele rechtseenheidvoorziening voor het algemeen bestuursrecht nuttig kan zijn. Tegelijkertijd geven zij echter aan dat het kabinet geen voorstander is van introductie van de mogelijkheid van beroep in cassatie in het bestuursrecht. Zij wijzen er in dit verband op dat aan het openstellen van beroep in cassatie over de volle breedte van het bestuursrecht de nodige bezwaren zijn verbonden. Voorts is beroep in cassatie tegen uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak moeilijk te rijmen met de constitutionele positie van de Raad van State als Hoog College van Staat.

Denken we daar anno 2011 nog steeds zo over? Vrij recent heeft Van Ettehoven een pleidooi gehouden voor introductie van een beroep in cassatie in het bestuursrecht.⁵⁹ Het belangrijkste argument in zijn betoog voor zulk een cassatieberoep is gelegen in het veronderstelde gebrek aan rechtseenheid.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 3.

⁵⁹ B.J. van Ettehoven, 'De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: BJu 2011, p. 263-274.

Dit vormt ook meteen het meest kwetsbare onderdeel in zijn redenering. Wij moeten Van Ettekoven toegeven dat er verschillen bestaan in de jurisprudentie op de terreinen die hij beschrijft. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het probleem in de rechtspraak ook heel groot is, noch dat daarvoor niet via andere, minder ingrijpende wegen een oplossing is te bedenken dan via de introductie van een cassatieberoep in het bestuursrecht.⁶⁰

In de rechtspraak is het probleem van de rechtseenheid naar onze indruk niet zo groot. De verschillen zoals die bij de tweede evaluatie van de Awb werden gesignaleerd ten aanzien van wezenlijke onderwerpen, zoals de omvang van het geding en meer specifiek de vraag in hoeverre eerst in hoger beroep nog nieuwe beroepsgronden, argumenten en nieuw bewijs naar voren kan worden gebracht, zijn vrijwel geheel weggenomen. Waar er op dit moment nog verschillen bestaan in de jurisprudentie tussen de hoogste bestuursrechters betreffen zij voornamelijk minder wezenlijke onderwerpen. Te denken valt dan aan vragen als: is het te laat indienen van een bezwaar- of beroepsschrift in beginsel verschoonbaar indien een rechtsmiddelenverwijzing ontbrak; heeft een bestuursorgaan nog procesbelang bij een hoger beroep tegen een in eerste aanleg uitgesproken proceskostenvergoeding; is er aanleiding voor een proceskostenvergoeding bij rechtsbijstand door partner of familie van de rechtzoekende en de in paragraaf 4.2.2.1 genoemde vraagstukken waarop de jurisprudentie recentelijk reeds naar elkaar toegegroeid is. Hoewel het hier niet heel wezenlijke verschillen betreft, kunnen deze relatief kleine accentverschillen in de jurisprudentie heel goed tot irritatie leiden in de eerste lijn en blijktbaar is dat ook het geval.⁶¹ De hoogste bestuursrechters nemen dit soort signalen serieus en trachten de jurisprudentie door middel van overleg nog beter op elkaar af te stemmen. Zoals Widdershoven terecht opmerkt heeft dat wellicht te lang geduurd, maar zijn er de laatste jaren in goed onderling overleg verschillende problemen opgelost. Een mooi voorbeeld vormt de ontwikkeling in de jurisprudentie van een volledig stelsel voor het toekennen van immateriële schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn.⁶²

⁶⁰ Zie in die zin ook R.J.G.M. Widdershoven, 'Cassatie in bestuursrechtspraak?', in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: BJU 2011, p. 279.

⁶¹ Naast Van Ettekoven heeft ook een andere eerste-lijnsrechter recent zijn cassatiewens kenbaar gemaakt vanwege juist dit soort (relatief kleine) verschillen in de rechtspraak, zie R.P. den Otter, 'Met een pokerface aan de roulettetafel. Verschillen in de beoordeling van de ontvankelijkheid door de hoogste bestuursrechters', *JBplus* 2008, p. 93-101.

⁶² Zie hierover onder meer: J.C.A. de Poorter & A. Pahladisingh, 'Rechtsbescherming rond de redelijke termijn', *JBplus* 2010, p. 81-102.

Tegen deze achtergrond moet naar onze mening worden gezegd dat de rechtseenheid op de terreinen waarop de hoogste bestuursrechters recht spreken niet een groot praktisch probleem vormt en waar er al problemen zijn, worden deze in toenemende mate door middel van afstemmingsoverleg weggenomen. Bovendien is er, zoals wij in de vorige paragraaf hebben uiteengezet, voor dit beperkte probleem een aantrekkelijker instrument voor handen in de vorm van een geïnstitutionaliseerde gezamenlijke rechtseenheidkamer. Daar komt nog bij dat de groeiende verwevenheid van de nationale rechtsorde met die van de Europese Unie en met de internationale rechtsorde een reden is om de rechterlijke functie steeds minder te plaatsen in hiërarchische modellen met een centraal sturingspunt, maar veel meer als co-actoren in een complex patroon van rechtsvorming en rechtstoepassing. Dit complexe patroon geeft uitdrukking aan een wisselwerking tussen hoogste nationale rechters onderling, als ook tussen het nationale, het Europese en het internationale niveau. Deze wisselwerking – ook die tussen de drie onderscheiden niveaus – kan niet meer worden gezien als eenrichtingverkeer. Veeleer ontstaat er een model waarin een zeker evenwicht ontstaat tussen verschillende rechters. Zo zien we reeds op het niveau van het EHRM en het HvJEU een zekere wisselwerking tussen de verschillende rechtsorden. Denk aan de wijze waarop het HvJEU de beginselen inzake adequate rechtsbescherming en eerlijke procesvoering in dialoog tussen de verschillende rechtsorden tot ontwikkeling heeft gebracht. Zeer sprekend is de wijze waarop het Hof van Justitie dit in zijn jurisprudentie tot uitdrukking brengt, door in dit verband te spreken van een 'algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat voortvloeit uit het constitutioneel erfgoed dat alle lidstaten gemeen hebben en dat eveneens is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het EVRM'.⁶³ We mogen aannemen dat de wisselwerking in de rechtsvorming tussen de drie onderscheiden rechtsordes in de toekomst alleen maar zal toenemen, in het bijzonder als gevolg van het inwerkingtreden van het EU-Handvest van de Grondrechten. Dit heeft ook consequenties voor rechtscolleges die, louter in de context van een nationale constitutie bezien, de hoogste rechters zijn. Hun verantwoordelijkheid voor rechtseenheid en rechtsontwikkeling binnen de Nederlandse rechtsorde kan niet los worden gezien van de kwaliteitszorg voor de in feitelijke aanleg oordelende gerechten en de specifieke taken van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Het gaat veeleer om een verdeling van verantwoordelijkheden met onderscheiden zwaartepunten, dan de

⁶³ Zie bijvoorbeeld: HvJEG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1663 e.v.; HvJEG 15 oktober 1987, zaak 222/86, *Heylens*, Jur. 1987, p. 1651 en HvJEG 3 december 1992, zaak C-97/91, *Borelli*, Jur. 1992, p. I-6313.

rechtsprekende macht te plaatsen in een hiërarchische structuur met een centraal besturingspunt in de top van het piramidale model.

Laten wij voorop stellen dat het stelsel van bestuursrechtspraak dat nu eenmaal historisch zo gegroeid is, er wellicht anders uit zou zijn als we het anno 2011 geheel opnieuw vanachter de tekentafel zou moeten vormgeven. Maar gegeven de huidige structuur moeten we ons afvragen of er voldoende goede redenen zijn om aan de bestaande situatie iets te wijzigen. Daarbij moeten we ons in de eerste plaats realiseren dat een wijziging als het invoeren van beroep in cassatie over de volle breedte van het bestuursrecht – zeker als dat gepaard gaat met het onderbrengen van het hoger beroep binnen de bestaande organisatie van de rechterlijke macht – een in alle opzichten en niet in de laatste plaats ook financieel zeer ingrijpende operatie is, waarvan de veronderstelde voordelen in geen geval opwegen tegen de hiervan te verwachten nadelen. Daar komt nog een ander element bij. In tijden waarin alles er op gericht is een versnelling te realiseren in de afdoening van bestuursrechtelijke zaken, lijkt het niet goed verdedigbaar om een derde instantie te introduceren. Het wetsvoorstel Verankering Crisis- en herstelwet gaat juist een andere kant op. De 'grote zaken' waarin zich waarschijnlijk vaker nieuwe rechtsvragen voordoen zullen voortaan in één feitelijke instantie worden afgedaan, terwijl – als we cassatierechtspraak in het bestuursrecht zouden introduceren – de zaken over een dakkapel in drie instanties kunnen worden uitgeprocedeerd. Dat geeft een nogal vreemd beeld.

Nu heeft Van Ettekovén ook wel oog voor de vertragende werking van een derde instantie. Hij stelt voor beroep in cassatie slechts voor bepaalde typen rechtsvragen mogelijk te achten en dit te koppelen aan een verlostelsel. Daarmee lijkt het probleem van een grote toestroom van het aantal zaken in cassatie te zijn ingeperkt. Uiteraard scheelt het tijd als je niet elke zaak waarin beroep in cassatie wordt ingesteld inhoudelijk dient te behandelen en dat niet in elke zaak arrest moet worden gewezen. Tegelijkertijd moeten we ons wel realiseren dat partijen zich door een verlostelsel niet zonder meer zullen laten weerhouden beroep in cassatie in te stellen en dat op elk van die beroepen wel moet worden beoordeeld of verlop moet worden verleend of niet. Dat leidt hoe dan ook tot een zekere belasting van de cassatie-instelling en in alle gevallen tot een vertraging in de uitvoering van overheidsbesluiten. Want dat laatste moeten we goed voor ogen houden: gedurende de tijd die het nemen en op schrift stellen van de beslissing omtrent het al dan niet verlenen van verlop in beslag neemt, ligt de zaak wel gewoon stil.

Dit brengt ons op een ander element: de personele bezetting van de cassatierechter. Van Ettekoven merkt terecht op dat als wordt overgegaan tot invoering van beroep in cassatie in het bestuursrecht de noodzaak bestaat de Hoge Raad te versterken met gezaghebbende bestuursrechters. Daartoe stelt hij voor dat van de Hoge Raad ook raadsheren in buitengewone dienst deel gaan uitmaken, te weten daartoe aangewezen leden van de hoogste 'klassieke' bestuursrechtelijke colleges, die de expertise inbrengen benodigd om de rechtsvraag gelet op de onderliggende materie adequaat en met gezag te kunnen beantwoorden. Een dergelijke constructie met raadsheren in buitengewone dienst, die de wet nu overigens nog niet mogelijk maakt, heeft het voordeel van laagdrempeligheid. Wij hebben daar toch bedenkingen bij. Wij menen dat een rechter niet als plaatsvervanger moet worden benoemd in een college waarbij voorziening kan worden gevraagd van een uitspraak van een college waarvan hij zelf deel uitmaakt. Ook als hij zelf geen deel uit maakt van de zetel die oordeelt over het cassatieberoep dat tegen een uitspraak van zijn college is ingesteld, vinden wij dat de onafhankelijkheid van de Hoge Raad in zo'n geval in het geding komt. Nog afgezien hiervan is het maar de vraag of we, als we het cassatieberoep in het bestuursrecht echt serieus willen nemen, kunnen volstaan met het uitsluitend benoemen van deze gezaghebbende bestuursrechters als plaatsvervangers. Een en ander brengt ons op een nog belangrijker praktisch punt. Het introduceren van beroep in cassatie in het bestuursrecht heeft het gevaar in zich dat de personele bezetting van de cassatierechter leidt tot een 'braindrain' van de appelrechter. De voorhoede van de appelcolleges zal naar alle waarschijnlijkheid geheel of gedeeltelijk deel gaan uitmaken van de cassatierechter. Dat brengt ons weer terug bij het eerste praktische bezwaar: het nadeel dat procedures bij een mogelijkheid van beroep in cassatie langer gaan duren, ook als er uiteindelijk geen verlof wordt verleend. Dat nadeel wordt groter naarmate vaker beroep in cassatie wordt ingesteld. En aannemelijk is dat het percentage ingestelde beroepen in cassatie mede afhangt van de kwaliteit van het hoger beroep. Beroep in cassatie is volgens sommigen wellicht aardig, maar een hoogwaardig hoger beroep is beter.

Een en ander brengt ons tot de conclusie dat het introduceren van beroep in cassatie in het bestuursrecht in de komende jaren niet de voorkeur verdient. De rechtseenheid vormt niet zo'n probleem dat zij de introductie daarvan noodzakelijk maakt. Bovendien kleven er teveel nadelen aan een dergelijke beroep in cassatie en zijn de voordelen – zeker als we het er over eens zijn dat het in het belang van de rechtseenheid niet noodzakelijk is – zeer gering. Beter is het te investeren in de kwaliteit van de rechtspraak bij de appelcolleges en via onderlinge afstemming de rechtseenheid te bewaken en waar nodig te bevorderen. Dat neemt niet weg

dat we moeten blijven nadenken over de wijze waarop van de beslissingen die in dat soort overleggremia worden genomen mededeling wordt gedaan aan de rechtspraktijk en meer in het bijzonder hoe partijen bij die beslissingen zoveel mogelijk kunnen worden betrokken. Naar onze opvatting verdient dan echter een geïnstitutionaliseerde rechtseenheidvoorziening door voorkeur voor een beroep in cassatie.

4.2.4 Conclusies in het bestuursrecht: maar dan wel door een onafhankelijk parket

Naar onze opvatting krijgt de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters een impuls met de in de Wet aanpassing bestuursprocesrecht voorziene mogelijkheid van het nemen van een conclusie in zaken die zich lenen voor een richtinggevende uitspraak. In het voorgestelde artikel 8:12a Awb wordt bepaald dat de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de president van de Centrale Raad van Beroep en de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in zaken die in hun college in behandeling zijn bij een meervoudige of grote kamer, een lid van het desbetreffende college kunnen verzoeken een conclusie te nemen. In het voorgestelde tweede lid wordt daar aan toegevoegd dat een dergelijk verzoek ook kan worden gericht aan een lid van een van de andere colleges in overeenstemming met de voorzitter onderscheidenlijk de president van dat college.

Een conclusie van een 'bestuursrechtelijke advocaat-generaal' is bij de verdere accentuering van de rechtsvormende taak van de hoogste bestuursrechters van toegevoegde waarde. Bij de uitoefening van zijn rechtsvormende functie is de rechter in een bepaald opzicht zeer beperkt: hij is in beginsel gebonden aan de grenzen van het geschil zoals die door partijen zijn getrokken. De uitspraak van de rechter houdt noodgedwongen op bij de bespreking van de door partijen aangevoerde gronden. Tegen die achtergrond menen wij dat een mogelijkheid van een conclusie door een 'advocaat-generaal' in het bestuursprocesrecht een bijdrage zou kunnen leveren aan de rechtsvormende functie van de bestuursrechtspraak. De conclusie, en met name de vergelijking tussen conclusie en uitspraak, draagt bij aan een duidelijker inzicht in de bedoeling en de draagwijdte van de uitspraak. De conclusie biedt zeggende de mogelijkheid van een verdere verdieping van de context van de uitspraak. Op die manier kan een openbare conclusie een belangrijke bijdrage leveren aan het juridisch, wetenschappelijk en maatschappelijk debat. Daarbij gaat het echter niet alleen om het debat buiten de rechtszaal, maar ook daarin; de conclusie verscherpt, zo mag worden verwacht, het debat in rechte. Zo kunnen partijen, als dat gelegen valt, aan de in de conclusie ontwikkelde beschouwingen argumenten ontleen ter ondersteuning

van hun stellingen. Maar ook zou de conclusie het debat in de raadkamer nog verder kunnen verscherpen. Weliswaar treedt de rechter niet in discussie met de 'advocaat-generaal', maar de conclusie – met name als die in een andere richting wijst dan wat de raadkamer voorstaat – dwingt wel tot het opschrijven van een motivering die er blijk van geeft serieus rekening te houden met andere mogelijkheden.

De conclusie van de 'advocaat-generaal' beslist niet en dicteert, anders dan een rechterlijke uitspraak, dus ook niet het geldende recht. De conclusie licht slechts voor. Dit heeft tot gevolg dat de 'advocaat-generaal' in zijn conclusie ook verder kan gaan dan de rechter in diens uitspraak. Anders dan de rechterlijke uitspraak kan de conclusie het in een concrete zaak gerezen probleem in een breder verband plaatsen, door in te gaan op de juridische en maatschappelijke context waarin de rechtsvraag zich bevindt. Ook biedt de conclusie de mogelijkheid om de rechtsvraag te confronteren met oplossingen die in andere rechtsgebieden of in andere rechtsstelsels zijn gevonden. De conclusie kan de hoogste nationale rechters stimuleren nog meer naar elkaars jurisprudentie te kijken:⁶⁴ dat geldt voor de colleges binnen de kolom van de bestuursrechters, maar ook tussen de bestuursrechters en de civiele en strafrechtelijke collega's. In de zaken waarin de rechtsvormende functie daadwerkelijk aan de orde is – en dat is in een beperkt deel van het totaal aantal (hoger)beroepszaken – zal een openbare conclusie een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de verdere operationalisering van de erkenning van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid als wezenlijk doel van het bestuursrechterlijk proces.

De mogelijkheid om een conclusie te vragen is beperkt tot zaken die in behandeling zijn bij een meervoudige of grote kamer. Voor zaken die enkelvoudig kunnen worden afgedaan, zo wordt in de memorie van toelichting opgemerkt, zal aan een conclusie geen behoefte bestaan.⁶⁵ Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat in alle zaken die meervoudig worden behandeld, een conclusie zal worden uitgebracht. Zoals de memorie van toelichting het zegt: 'Voor het vragen van een conclusie zal doorgaans slechts aanleiding zijn als in een zaak een belangrijke rechtsvraag rijst die van belang is voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Dit doet zich maar in een beperkt aantal zaken per jaar voor. Daardoor zal het invoeren van de conclusie ook nauwelijks tot vertraging bij de behandeling van zaken leiden'. Die zaken waarin zich een rechtsvraag voordoet

⁶⁴ Vgl. M. Scheltema, 'Omgaan met verschillende hoogste rechters', *Start*. 17 februari 2005, p. 3.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 17.

die van belang is voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling zullen in onze optiek veelal ook zaken zijn die zich lenen voor behandeling door de door ons voorgestane rechtseenheidkamer. Wij zouden menen dat de 'advocaat-generaal' die is aangewezen om te concluderen in de zaak waarin een prejudiciële vraag wordt gesteld aan de rechtseenheidkamer, zijn conclusie in z'n geval neemt ten behoeve van de rechtseenheidkamer die bij prejudiciële beslissing op die rechtsvraag een antwoord heeft te geven.

Voor de Hoge Raad bestaat reeds een gedurende twee eeuwen beproefde methode om zich te laten informeren: de conclusies van de procureur-generaal en de advocaten-generaal bieden daartoe uitstekende mogelijkheden. Voor de bestuursrechtspraak is niet voorzien in een afzonderlijk parket, noch in een gemeenschappelijk parket met de Hoge Raad. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de gekozen formulering de mogelijkheid openlaat, dat een persoon uitsluitend voor het nemen van conclusies in een van de colleges wordt benoemd.⁶⁶ Veelal zal het dan – in het geval van de Afdeling bestuursrechtspraak – gaan om een benoeming tot staatsraad met een deeltijdaanstelling, omdat door het beperkte aantal zaken het nemen van conclusies geen volledige dagtaak zal zijn. Langs deze weg kan ook een samenwerking tot stand worden gebracht tussen de drie betrokken colleges en het parket bij de Hoge Raad. Door een of meer leden van het parket te benoemen tot staatsraad in buitengewone dienst, uitsluitend met het oog op het nemen van conclusies in bestuursrechtelijke zaken, kan een belangrijke bijdrage worden geleverd aan het bewaken van de rechtseenheid, in het bijzonder daar waar er belangrijke raakvlakken zijn tussen rechtsgebieden waarop de Hoge Raad de hoogste rechter is en rechtsgebieden waarop de drie bestuursrechtelijke colleges in hoogste instantie oordelen.

Zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt is gekozen voor een summiere regeling om de bestuursrechtspraak ervaring te laten opdoen met dit nieuwe fenomeen. Daar is niets op tegen en dat is bovendien om allerlei redenen politiek verstandig. Dat neemt niet weg dat er voor de toekomst naar onze mening behoefte bestaat aan een zelfstandig en institutioneel onafhankelijk opererend parket dat conclusies neemt ten behoeve van de hoogste bestuursrechters. Met zelfstandigheid bedoelen wij dat de 'advocaat-generaal' zelf de zaken moet kunnen selecteren waarin een conclusie neemt. Het is zeker welkom dat (de ondersteuning van) het rechterlijk apparaat de 'advocaat-generaal' wijst op zaken waarin een voor de rechtsontwikkeling interessante rechtsvraag rijst, maar ook

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 18.

buiten die gevallen zou hij naar ons oordeel de mogelijkheid moeten hebben een conclusie te nemen. Het thans voorgestelde artikel 8:12a Awb bepaalt dat de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, de president van de Centrale Raad van Beroep en de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven kunnen verzoeken in een bij hun college in behandeling zijnde zaak een conclusie te nemen. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat voor het vragen een conclusie doorgaans slechts aanleiding zal zijn als in een zaak een belangrijke rechtsvraag rijst die van belang is voor de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.⁶⁷ Zowel de wettekst als de toelichting lijken er op te duiden dat de 'advocaat-generaal' slechts bevoegd is tot het nemen van een conclusie indien er een daartoe strekkend verzoek wordt gedaan voor de voorzitter respectievelijk president van het betrokken college. Wij vinden dat niet gelukkig. Uiteraard begrijpen wij dat het met de grote aantallen zaken die bij de ABRvS, CRvB en (in iets mindere mate) het CBb in behandeling zijn, welkom is dat (de ondersteuning van) het rechterlijke apparaat zaken kan signaleren waarin een conclusie wenselijk is. Dat neemt niet weg dat wij voorstander zouden zijn van een wettelijke bepaling die de zelfstandige functie van de 'advocaat-generaal' meer tot uitdrukking brengt door bijvoorbeeld gelijk in artikel 29d van de Algemene wet inzake rijksbelastingen te bepalen dat de 'advocaat-generaal' - los van een daartoe strekkend verzoek van het rechterlijk college - de wens te kennen kan geven te worden gehoord. Onder verwijzing naar hetgeen we hierover hebben opgemerkt in paragraaf 3.2 is er naar onze mening daarenboven behoefte aan een met artikel 78 Wet op de rechterlijke organisatie vergelijkbare mogelijkheid voor de 'advocaat-generaal' tot het instellen van beroep of hoger beroep in het belang der wet.

Naar onze opvatting is het bovendien van belang dat de 'bestuursrechtelijke advocaat-generaal' in onafhankelijkheid zijn conclusies kan schrijven. Het is voor de onafhankelijkheid naar buiten toe en voor de verhoudingen binnen een rechterlijke college niet gelukkig als een lid van dat college de ene dag concludeert in een zaak die aan zijn collega's is voorgelegd en de andere dag met die collega's zitting neemt in een meervoudige kamer. Op zijn minst zou het, in het voorgestelde artikel 8:12a, eerste lid, Awb bedoelde 'lid van het college' voor een langere periode moeten worden benoemd om in voorkomende gevallen een conclusie te nemen en zou hij gedurende die periode niet als rechter moeten optreden. Dat heeft echter op zichzelf ook weer een nadeel, omdat degenen die voor een bepaalde periode worden aangewezen als 'advocaat-generaal' veelal

⁶⁷ *Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 17.*

degenen zijn die tot de voorhoede van het rechterlijke college zullen behoren. Aldus leidt de aanwijzing van een 'advocaat-generaal' uit de eigen gelederen tot een 'braindrain' van het rechterlijk college en in tijden dat de werkdruk toch al hoog ligt is dat geen aantrekkelijk perspectief.

Niet alleen de onafhankelijkheid van de 'advocaat-generaal' baart ons enige zorgen in het wetsvoorstel. Ook de omstandigheid dat ruimte wordt gelaten voor elk van de colleges om zijn eigen 'advocaat-generaal' te benoemen is niet heel aantrekkelijk. Juist in het streven naar meer rechtseenheid lijkt het ons van belang dat de advocaten-generaal die concluderen in de zaken met een rechtsvormend element – de ene keer zal zo'n zaak zich aandienen bij de Afdeling bestuursrechtspraak, de andere keer bij de CRvB, het CBb of de belastingkamer van de Hoge Raad – onderdeel uitmaken van één parket dat kan steunen op één gemeenschappelijke ondersteuning. Een personele unie met het parket bij de Hoge Raad ligt tegen die achtergrond erg voor de hand. Dat is in ieder geval zo voor de gevallen waarin de rechtsvraag waarop de conclusie ziet is gelegen op het snijvlak van het bestuursrecht en het strafrecht of van het bestuursrecht en het privaatrecht. Daartoe zou dan – althans volgens het huidige wetsvoorstel – een advocaat-generaal uit het parket bij de Hoge Raad, zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, kunnen worden benoemd als lid van het college 'in buitengewone dienst' met als opdracht om in voorkomende gevallen een conclusie te nemen. Het is naar onze opvatting echter een aantrekkelijke gedachte wanneer het parket bij de Hoge Raad in de toekomst gaat functioneren als een parket ten behoeve van alle hoogste rechters en daartoe ook kan steunen op een gemeenschappelijke ondersteuning die in voldoende mate onafhankelijk is van de betrokken rechterlijke colleges.

De thans voorgestelde regeling in artikel 8:12a Awb heeft een enigszins voorlopig karakter en is bewust laagdrempelig gehouden. Daar is misschien wat voor te zeggen, maar wij menen dat op langere termijn behoefte bestaat aan een volwaardige regeling van de mogelijkheid tot het nemen van conclusies door de advocaat-generaal vanuit een zelfstandig en onafhankelijk opererend parket.

4.3 Meer differentiatie: over verlofstelsels en selectie achter de poort

4.3.1 Inleiding

Bij de inbedding van de doelstelling van het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid in het primair op geschillenbeslechting gericht procesmodel hebben wij in de eerste plaats gedachten ontwikkeld over de vormgeving van

de hoofdstructuur van het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming (paragraaf 4.2). In deze paragraaf 4.3 gaan wij in op wat wij hiervoor noemden de tweede lijn bij de inbedding van dit perspectief: een differentiatie in behandeling naar het type zaak.

Hoewel wij hiervoor hebben uiteengezet een voorstander te zijn van behoud van het uitgangspunt van rechtspraak in twee feitelijke instanties in het bestuursrecht, zouden wij ons kunnen voorstellen dat wel nagedacht wordt over enige vorm van selectie aan of achter de poort van het hoger beroep. Niet om daarmee de facto toch weer uit te komen op rechtspraak in één instantie, maar juist om door middel van een selectie van zaken meer recht te kunnen doen aan de functies van het hoger beroep: het bieden van individuele rechtsbescherming door controle van de rechtbankuitspraak enerzijds en het bewaken van de rechtseenheid en het bevorderen van de rechtsontwikkeling anderzijds. Tegelijkertijd draagt een selectiemechanisme bij aan het beheersbaar houden van de doorlooptijden. Het selecteren van zaken vormt aldus een correctiemechanisme op de hoofdregel van rechtspraak in twee feitelijke instanties voor gevallen waarin de aangevoerde beroepsgronden niet tot vernietiging van de rechtbankuitspraak kunnen leiden en er zich ook overigens geen rechtsvragen voordoen die vanuit een oogpunt van rechtsontwikkeling en rechtseenheid beantwoording behoeven. In deze paragraaf werken wij die gedachten verder uit.

4.3.2 Selectiemechanismen in soorten

'Selectiemechanismen' bestaan in vele vormen. Aan de ene kant zijn er de echte 'pick and choose-systemen', zoals in de Verenigde Staten, waarin de Supreme Court een zeer grote discretionaire bevoegdheid heeft wat betreft zijn keuze voor de zaken die hij in behandeling neemt en waarin de nadruk zeer sterk ligt op de rechtsvormende taak van de hoogste rechter, terwijl voor rechtsbescherming in het individuele geval weinig ruimte is.⁶⁸ Aan de andere kant zijn er de stelsels waarin de rechter in beginsel elke zaak inhoudelijk beoordeelt, maar waarin het de rechter onder omstandigheden is toegestaan te volstaan met een verkorte motivering, zoals onder het EVRM, artikel 81 RO en artikel 91, tweede lid, Vreemdelingenwet 2000. Daartussenin bevinden zich rechtsstelsels waarin de hoogste rechter is gebonden aan min of meer nauw omschreven verlofcriteria, zoals bijvoorbeeld in het Duitse bestuursrecht het geval is voor het instellen

⁶⁸ Zie het rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, 2008, p. 46, waarin nog wordt opgemerkt dat de Supreme Court slechts ongeveer 1% van de 7000 jaarlijkse verlofaanvragen honoreert.

van hoger beroep bij de Oberverwaltungsgerichte. Zoals ook in het voormelde rapport van de Commissie Hammerstein wordt opgemerkt is het onderscheid tussen de hiervoor genoemde drie selectiemechanismen minder groot dan op het eerste gezicht zou kunnen lijken. Het zal uiteindelijk vooral neerkomen op een verschil in procedurele inbedding van de taken van de hoogste rechter. Het karakter van het geldende stelsel is met name afhankelijk van de selectiecriteria en de wijze waarop daaraan invulling wordt gegeven.

In het rapport 'Versterking van de cassatierechtspraak' wordt voor het beroep in cassatie bij de Hoge Raad invoering van een instrument noodzakelijk geacht, waarmee zaken in een zo vroeg mogelijk stadium aan een inhoudelijke selectie worden onderworpen. Die selectie dient plaats te vinden met het oog op de taken van de Hoge Raad. Die taken zijn blijkens de voorgestelde selectiecriteria tweeledig: het bewaken van de rechtseenheid en het bevorderen van de rechtsontwikkeling enerzijds en het bieden van rechtsbescherming in het individuele geval anderzijds. Het door de commissie Hammerstein voorgestelde artikel 81, eerste lid, RO zou als volgt dienen te luiden: 'De Hoge Raad kan een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren wanneer de aangevoerde klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling en de klachten evenmin uit een oogpunt van rechtsbescherming tot cassatie moeten leiden'.

De positie van de Afdeling bestuursrechtspraak en haar zustercolleges als hoger beroepsrechter is een andere dan die van de Hoge Raad. De Afdeling is geen cassatierechter maar feitenrechter en zij oordeelt als appelrechter bovendien niet pas in derde, maar in tweede instantie over het voorgelegde geschil. Dat neemt niet weg dat beide genoemde functies (het bevorderen van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling en het bieden van individuele rechtsbescherming) ook aan het hoger beroep kunnen worden toegekend, zij het dat wellicht andere accenten worden gelegd. Bij het introduceren van een selectiemechanisme voor het hoger beroep van de Afdeling bestuursrechtspraak en haar zustercolleges lijkt vooral de vraag te zijn in hoeverre bij die selectie betekenis moet worden toegekend aan het aspect van individuele rechtsbescherming, dat wil zeggen: aan het belang van correctie van onjuiste uitspraken van de rechtbank in relatie tot de schending van het belang van betrokken belanghebbenden. In het rapport van de Commissie Hammerstein wordt het vanuit dat perspectief voor het beroep in cassatie noodzakelijk geacht in een zaak in te grijpen 'uit een oogpunt van aanvaardbaarheid en kwaliteit van de uitkomst van de individuele zaak, wegens het significante nadeel dat een partij door een fout in de bestreden uitspraak lijdt'. Het is op dat

punt aardig een vergelijking te trekken met het Duitse bestuursprocesrecht. Daarin is immers voorzien in een verlostelsel voor het hoger beroep. In hoeverre werken beide doelstellingen daar door in de selectiecriteria?

Met de 6.VwGOÄndG is er in de §§ 124 en 124a VwGO een verlostelsel geïntroduceerd voor het instellen van hoger beroep. In § 124 VwGO worden een vijftal gronden omschreven die tot het verlenen van verlof voor hoger beroep kunnen leiden. We noemen ze hier kort:

- a '*Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils*': deze verlofgrond is op voorstel van de bondsregering in de wettekst opgenomen, die naast de klassieke verlofgronden uit het Revisionsrecht een op het specifieke functie van het hoger beroep gerichte verlofgrond nodig achtte. Als doel werd dan ook genoemd die '*Einzelfallgerechtigkeit zu verwirklichen und grob ungerechte Entscheidungen zu korrigieren*'.⁶⁹ In de rechtspraak blijkt het echter nogal problematisch om het begrip '*ernstliche Zweifel*' uit te leggen. Is het daarvoor nodig dat het waarschijnlijker is dat de aangevallen uitspraak onjuist is dan dat deze juist is (te denken valt aan '*kennelijk gegrond*' als bedoeld in artikel 8:54 Awb, of is daarvan reeds sprake wanneer het net zo waarschijnlijk is dat de uitspraak juist is als dat die onjuist is?
- b '*Besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten der Rechtssache*'. Dit is geen klassieke verlofgrond uit het Revisionsrecht. In de literatuur is hierop veel kritiek geuit, omdat deze zou uitblinken in vaagheid. Van bijzondere moeilijkheden is volgens het Bundesverfassungsgericht sprake indien dit '*schon aus dem Begründungsaufwand diese erstinstanzlichen Urteils*' blijkt. Dit blijft echter nogal vaag. Voorts kunnen de moeilijkheden gelegen zijn in problemen van juridische en/of feitelijke aard, die een bepaalde mate van denkwerk vergen. Bij juridische moeilijkheden dient in dit verband overigens te worden gedacht aan moeilijkheden in relatie tot de voorliggende zaak; niet relevant is of deze moeilijkheden ook zaaksoverstijgende elementen omvatten.
- c '*Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache*': verlof wordt verleend indien de rechtszaak principiële betekenis heeft. De formulering is gelijk aan de eerste verlofgrond voor het beroep in cassatie. Deze verlofgrond is gericht op het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. In de rechtspraak is hieraan de volgende invulling gegeven: '*Eine Rechtssache hat grundsätzliche*

⁶⁹ Zie BT-Drs. 13/3993, p. 13.

bedeutung wenn für die Entscheidung der Vorinstanz eine grundsätzliche, bisher in der Rechtssprechung noch nicht geklärte Rechts- oder Tatsachenfrage von Bedeutung war, die auch für die Entscheidung im Berufungsverfahren erheblich wäre und deren Klärung im Interesse der einheitliche Rechtsanwendung oder den Fortbildung des Rechts geboten erscheint. An der Klärung der aufgeworfene Rechts- oder Tatsachenfrage muss ein über den Einzelfall hinaus gehendes allgemeines Interesse bestehen'.⁷⁰

d '*Divergenz*'. Ingevolge de vierde verlofgrond moet verlof worden verleend wanneer de uitspraak in eerste aanleg afwijkt van jurisprudentie van het Oberwaltungsgericht, het Bundesverwaltungsgericht, de gemeinschaftelijke kamer van de hoogste gerechtshoven van de Bond of het Bundesverfassungsgericht en de uitspraak daadwerkelijk op die afwijking is gebaseerd.

e '*Verfahrensmangel*'. Ingevolge deze verlofgrond moet verlof worden verleend wanneer een procedureel gebrek wordt aangevoerd dat ter beoordeling van de appelrechter staat, voor zover de inhoud van de uitspraak door dit gebrek kan zijn bepaald: 'wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann'.

Als wordt overgegaan tot enige vorm van selectie in het hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak en haar zustercolleges ligt het voor de hand dat de selectiecriteria aansluiten bij de hiervoor genoemde functies van het hoger beroep: het bieden van individuele rechtsbescherming enerzijds en het bewaken van de rechtseenheid en het bevorderen van de rechtsontwikkeling anderzijds. Van belang is tevens dat de criteria wettelijk worden verankerd en voor de rechter goed hanteerbaar zijn. Voorkomen moet worden dat de selectiecriteria op zichzelf reeds aanleiding gegeven tot verschillende interpretaties binnen de Afdeling en – als het selectiemechanisme ook voor de andere appelcolleges geldt – tot een verschillende uitleg tussen de hogerberoepsrechters onderling. Een zo sterk gedetailleerde regeling als in het Duitse bestuursprocesrecht draagt dat gevaar in zich en verdient daarom niet de voorkeur. Om die reden dient ook een formulering 'significant nadeel' zoals door de Commissie Hammerstein gehanteerd, te worden vermeden. Voorgesteld wordt in het geval van de introductie van enigerlei vorm van selectiemechanisme zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij het criterium van artikel 91, tweede lid, Vreemdelingenwet 2000. Dit criterium zou dan kunnen luiden:

⁷⁰ Zie Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen 22 augustus 2001, Aktenzeichen 13 A 817/01, r.o. 35.

'Indien de hogerberoepsrechter oordeelt dat de aangevoerde beroepsgronden niet tot vernietiging kunnen leiden en zich geen rechtsvragen voordoen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan zij zich bij de vermelding van de gronden van haar uitspraak beperken tot dit oordeel. Ook als niet voor een instrument als de verkorte motivering wordt gekozen, maar voor een verlofstelsel kan een soortgelijk selectie criterium worden gehanteerd.

4.3.3 Naar een '91-2 variant' voor het hele bestuursrecht?

Ook voor het reguliere bestuursrechtelijk hoger beroep verdient enigerlei vorm van selectiemechanisme naar onze opvatting aanbeveling. Het biedt de rechterlijke colleges in de veelheid van zaken die zij te behandelen krijgen, de mogelijkheid om in de wijze van behandeling recht te doen aan de zwaarte van de zaak. Op die wijze ook krijgt het bestuursrechtelijk hoger beroep een functie die veel meer op rechtsvorming is gericht dan het huidige stelsel, zonder dat dit ten koste hoeft te gaan van het belang van het bieden van voldoende rechtsbescherming. Dat betekent wel dat de appelcolleges, in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste algemene bestuursrechter, het leiderschap in de rechtsontwikkeling op het terrein van het bestuursrecht, zullen moeten aanvaarden en tonen. Dat vereist in zaken die voor de rechtsontwikkeling van belang zijn onder meer een daarop toegesneden motivering die zicht geeft op de concrete zaak én op de algemene lijnen in de jurisprudentie en die in voldoende mate overtuigt doordat zij inzicht geeft in het proces van wikken en wegen dat aan de uitspraak vooraf is gegaan.⁷¹

Twee modaliteiten hebben wij in het voorgaande genoemd: een verlofstelsel en een verkorte motivering zoals bedoeld in artikel 91, tweede lid, Vw 2000. Een combinatie van beide instrumenten lijkt weinig zinvol. In beide gevallen gaat het om een selectie van zaken vanuit dezelfde optiek; die zaken waarin geen verlof zou worden verleend, zijn dezelfde als waarin een verkorte motivering zou worden toegepast. Dat betekent dat een keuze aangewezen is uit één van beide instrumenten. Wij hebben, primair gezien vanuit het perspectief van de Afdeling bestuursrechtspraak, een voorkeur voor het instrument van de verkorte motivering, boven het verlofstelsel. Allereerst heeft dat een praktische reden: het instrument van de verkorte motivering sluit beter aan op de werkwijze van de Afdeling en bovendien heeft zij daar reeds enige ervaring mee in de vreemdelingenkamer. In

⁷¹ J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.

de tweede plaats kan een verkorte motivering in de zich daarvoor lenende zaken over de gehele breedte van het bestuursrecht worden toegepast, terwijl ten aanzien van een verlostelsel terughoudendheid is geboden in het bijzonder in geschillen omtrent punitieve sancties. Bij de keuze voor het ene of het andere selectiemechanisme moet immers uitdrukkelijk ook aandacht worden besteed aan internationaalrechtelijke eisen aan de inrichting van de rechtspraak. In het bijzonder kan hierbij worden gedacht aan artikel 14, vijfde lid, IVBPR en het equivalent hiervan in artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM. Artikel 14, vijfde lid, IVBPR bepaalt: 'Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law'. Welke geschillen vallen nu onder de reikwijdte van deze bepaling? Het artikel knoopt aan bij 'crime' en 'criminal offences'. Voor delicten die bedreigd zijn met oplegging van een vrijheidsstraf is duidelijk dat zij onder de reikwijdte van deze bepaling vallen, helemaal zeker of ook de oplegging van een bestuurlijke boete – zeker de niet heel hoge boeten – nu door het vereiste van twee feitelijke instanties wordt bestreken, is het strikt genomen niet. Artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM vormt de equivalent van artikel 14, vijfde lid, IVBPR en luidt als volgt:

- 1 'Iedereen die door een gerecht is veroordeeld wegens een strafbaar feit, heeft het recht zijn schuldigverklaring of veroordeling opnieuw te doen beoordelen door een hoger gerecht. De uitoefening van dit recht, met inbegrip van de gronden waarop het kan worden uitgeoefend, wordt bij de wet geregeld.
- 2 Op dit recht zijn uitzonderingen mogelijk met betrekking tot lichte overtredingen, zoals bepaald in de wet, of in gevallen waarin de betrokkene in eerste aanleg werd berecht door het hoogste gerecht of werd veroordeeld na een beroep tegen vrijspraak.'

In het eerste lid wordt aangesloten bij de 'criminal charge' zoals we die kennen uit artikel 6 EVRM en dat laat er geen misverstand over bestaan dat bestuurlijke boeten onder de reikwijdte van deze bepaling vallen. Het tweede lid laat de lidstaten echter enige ruimte om bij wet een uitzondering te maken op het recht op een tweede feitelijke instantie. Van belang in dit verband is dat deze mogelijkheid bestaat ten aanzien van 'lichte overtredingen'. Ook gelet op artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM is het derhalve niet zonneklaar dat voor bestuursrechtelijke zaken waarin wordt opgekomen tegen het opleggen van een bestuurlijke boete, daadwerkelijk twee feitelijke instanties zijn vereist. Desalniettemin leren de genoemde bepalingen ons dat we uiterst voorzichtig moeten zijn om in het geval van het punitieve bestuursrecht een verlostelsel te

introduceren. Het niet verlenen van verlof in een boetezaak en daarmee het aan belanghebbende onthouden van een tweede feitelijke instantie, wringt vanuit internationaalrechtelijk perspectief. In dat opzicht is er een wezenlijk verschil tussen een verlostelsel in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak en een verlostelsel in cassatie (en dus derde instantie) bij de Hoge Raad. Het introduceren van een verkorte motiveringsplicht lijkt in dat opzicht minder problemen te geven. In dat geval wordt de zaak immers volledig behandeld – in beginsel ook op zitting – door een tweede instantie, doch wordt volstaan met een verkorte motivering als de beroepsgronden niet tot vernietiging van het rechtbankvonnis leiden en er evenmin rechtsvragen zijn gerezen die een beantwoording behoeven vanuit het perspectief van rechtseenheid en rechtsvorming.

Het belangrijkste argument waarom wij het instrument van de verkorte motivering verkiezen boven een verlostelsel, is er echter in gelegen dat met de invoering van laatstgenoemd instrument toch een zeker risico wordt genomen dat onjuiste uitspraken van de in eerste aanleg rechtsprekende bestuursrechter on gecorrigeerd blijven. De beslissing omtrent het verlenen van verlof zal immers toch genomen worden naar aanleiding van een min of meer 'uitwendige' beoordeling van de zaak. Geven we de rechter daarentegen de bevoegdheid om in bepaalde zaken met een verkorte motivering te volstaan, dan zal de zaak desalniettemin ten volle aan een toetsing worden onderworpen. Dat wil overigens niet zeggen dat de wijze van behandeling voor de zaken die met een verkorte motivering worden afgedaan ook volledig identiek moet zijn aan de zaken die niet met een '91-2 variant' worden afgedaan. Wij menen dat er naast een mogelijkheid tot verkorte afdoening voor die gevallen ook zou moeten worden voorzien – gelijk dat in het Vreemdelingenrecht het geval is – om die zaken zonder zitting te kunnen afdoen. Dat zou moeten kunnen geschieden zonder dat partijen daartoe – zoals thans nog in artikel 8:57 Awb is geregeld – toestemming hebben gegeven. Naar onze mening verdient het aanbeveling de mogelijkheid van het afdoen zonder zitting met een verkorte motivering, zoals voor het vreemdelingenrecht is bepaald in artikel 91, tweede lid, Vw 2000, voor het reguliere hoger beroep nader te onderzoeken.

5 Naar meer visie en politiek debat over de rol van de bestuursrechtspraak

Met dit onderzoek beogen wij een discussie op gang te brengen over het doel en de functie van de bestuursrechtspraak in een veranderende democratische

rechtsstaat. Het is naar onze mening van belang dit debat te voeren. Niet alleen in het academische, maar zeker ook in het politieke discours. Een dergelijk politiek debat ontbreekt tot dusver en daarmee ontbreekt ook een duidelijke visie op het doel en de functie van de bestuursrechtspraak achter de vele ontwikkelingen die op het terrein van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in gang worden gezet.

Als we de toelichting bij de verschillende recente wettelijke maatregelen op het terrein van het bestuursprocesrecht bezien dan valt op dat aan die maatregelen weinig dogmatische bespiegelingen ten grondslag liggen over doel en functie van de bestuursrechtspraak. Dat geldt bijvoorbeeld ook op het punt van de nogal fundamenteel in de aard van het stelsel ingrijpende invoering van een relativiteitseis. De ratio voor veel van de in deel I beschreven maatregelen lijkt vooral te moeten worden gezocht in de behoefte aan beperking van de toegang tot de rechter en het terugdringen van procedures om de uitvoering van overheidsprojecten te doen vergemakkelijken. De voorgestelde maatregelen op het punt van de griffiegelden in het bestuursrecht zijn daarvan evenzeer een voorbeeld. Zij komen voort uit de enkele behoefte aan bezuiniging door enerzijds de opbrengst van het heffen van griffiegelden te vergroten en anderzijds de verwachting aldus het aantal zaken terug te brengen. Dergelijke maatregelen die uitsluitend tot doel lijken te hebben om de toegang tot de rechter verder te beperken gaan enerzijds uit van een merkwaardig soort perspectief op de burger als iemand die nodeloos de bestuurlijke besluitvorming frustreert door tegen de uitkomst daarvan langdurige rechterlijke procedures te entameren en anderzijds miskennen zij dat bestuursrechtspraak een waardevolle functie vervult binnen de democratische rechtsstaat.

Maatregelen die uitsluitend, of althans primair tot doel hebben voor de rechtzoekende drempels op te werpen om het beweerdelijk onrechtmatig bestuurshandelen ter toetsing aan een onafhankelijke rechter voor te leggen, maken het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming op de lange duur kwetsbaar. Die kwetsbaarheid heeft er in de eerste plaats mee te maken dat het feitelijk ontbreken van een mogelijkheid voor de burger om de schending van zijn belangen door het overheidsoptreden aan een onafhankelijke rechter te kunnen voorleggen op termijn de legitimiteit van het stelsel als zodanig ondermijnt. Daarmee is overigens niet gezegd dat er op zichzelf geen goede redenen kunnen zijn voor een verdergaande subjectivering van het bestuursprocesrecht. Doch, die maatregelen moeten dan wel voortkomen uit een fundamentele doordenking van de positie van de rechtzoekende in relatie tot het objectieve

publiekrecht en niet zijn gebaseerd op een perspectief op de burger als een 'homo lupus'.⁷² Maatregelen die uitsluitend voortkomen uit de behoefte aan versnelling en kostenbesparingen ondermijnen uiteindelijk het maatschappelijk draagvlak van de bestuursrechtspraak. Daar komt bij dat rechtspraak ook een functie heeft bij het vreedzaam oplossen van geschillen die met de overheid ontstaan en voorkomen moet worden dat conflicten op een voor de samenleving meer belastende wijze dan via de rechtsweg worden uitgevochten. Dat zou de ontevredenheid en polarisatie in de samenleving wellicht enkel doen toenemen.

De hiervoor gesignaleerde kwetsbaarheid komt in de tweede plaats voorts uit de nadelige effecten die het terugdringen of zelfs het ontbreken van rechterlijke controle op het overheidsoptreden heeft op het machtsverwicht tussen rechter en bestuur en ruimer op het functioneren van de instituties binnen de democratische rechtsstaat in onderlinge verhouding bezien. In 1994 zocht de Awb-wetgever de grondslag voor de met die wet gecodificeerde structuurverandering van handhaving van het objectieve recht naar een meer op 'rechtsbescherming' gericht procesmodel hoofdzakelijk in de wederkerigheid van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur, met andere woorden: in de dienende rol die het procesrecht heeft ten opzichte van het materiële recht.⁷³ Door de functie van het beroep op de rechter echter uitsluitend te plaatsen in de sleutel van het afdwingen van materieelrechtelijke aanspraken die de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur tematiseert, wordt miskend dat bestuursrechtspraak tegelijkertijd ook een, de concrete rechtsbetrekking overstijgende functie heeft. Het antwoord op de vraag hoe en in hoeverre de verschillende in deel I genoemde perspectieven doorwerken bij de verdere ontwikkeling van het bestuursprocesrecht moet dan ook niet zozeer worden gezocht in de aard van de in het materiële bestuursrecht vormgegeven rechtsbetrekking tussen burger en bestuur, maar ruimer: in het functioneren van de instituties wetgever, bestuur en rechter mede in hun onderlinge verhouding bezien. Met andere woorden: hoe moet de rol van de (bestuurs)rechter worden beschouwd in relatie tot ontwikkelingen op het niveau van de wetgever en het openbaar bestuur? Die visie op de rol en taak van de bestuursrechter bepaalt uiteindelijk in hoeverre het bij de toegang tot de bestuursrechter naast geschilbeslechting - waarbij nog de vraag kan worden gesteld om de bescherming van

⁷² In zijn beroemde werk 'De cive' (Over de burger) kwalificeert de zeventiende-eeuwse Engelse filosoof Thomas Hobbes de mens met de opmerking 'homo homini lupus est' (de mens is voor zijn medemens als een wolf).

⁷³ *Kamerstukken II 1991/92*, 22 495, nr. 3, p. 34.

wiens rechten en belangen het dan precies gaat – ook gaat om het bieden van tegenwicht tegen een afnemende legitimiteit van het bestuursoptreden en om het bevorderen van de rechtsontwikkeling op het terrein van het bestuursrecht. Anders gezegd, in hoeverre gaat het ook om het leveren van een bijdrage aan het evenwicht in de rechtsstatelijke driehoek?

Een fundamenteel debat over het doel en de functie van de bestuursrechtspraak in een veranderende democratische rechtsstaat ontbreekt echter in de politieke arena. Waar zit nu de werkelijke oorzaak van het probleem in de uitvoering van overheidsbesluitvorming en zijn de maatregelen die daartoe zijn genomen of thans worden voorgesteld niet veeleer een vorm van symptoombestrijding? Wat ontbreekt, is de probleemanalyse en een visie op de rol die de bestuursrechter daarbij heeft te vervullen. Wij roepen op dat debat te voeren en hopen dat deze studie aan de inhoud van dat debat een bijdrage kan leveren.

Uitgaven van de Raad van State in de reeks *Studies en rapporten*

S&R-1 *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen,

Den Haag: Raad van State 2009, ISBN 978-90-9024793-9

S&R-2 *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*

J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen,

Den Haag: Raad van State 2010, ISBN 978-94-90830-01-4

S&R-3 *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*

J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf,

Den Haag: Raad van State 2011, ISBN 978-94-90830-00-7

Zie ook: www.raadvanstate.nl/publicaties

